جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بطنطا

قواعد الفقه الكلية

بقلم
الدكتور/ عبد الفتاح محمد النجار
أستاذ متفرغ بكلية الشريعة
والقانون بطنطا

طبعة منقحة ومزيدة
طبعة عام
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه ، أما بعد فلقد تقررت دراسة مـادة (قواعد الفقه الكلية) على طلاب قسم الشريعة الإسلامية من الفرقة الرابعـة من كلية الشريعة والقانون في العام الدراسي ١٩٩١ ــ ١٩٩٢ لأول مرة على أن يكون أساس الدراسة فيها كتاب (الأشباه والنظائر للإمـام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي) وكان من حسن حظي أن أتولـى تدريسها للطلاب ، مستعينا بالله تعالى ، فشرعت في إلقاء محاضرات عليهم تتضمن ما في الكتاب مع توضيح ملخص منه ، ووضع مقدمة تتضمن تعريف القاعدة ، والفرق بينها وبين الضابط ، وتعريف الفقه ، ونشأة علم قواعد الفقه الكلية ، وثمرة دراسته ، وأشهر من ألف فيه ، والأصل الذي استند إليه في تأليـف هذا العلم وهو كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ، ثم دراسة القواعد التي قيل إن جميع فروع الفقه ترجع إليها ، وسنقتصر في دراستنا علـى القواعد التي حددها المنهج الموضوع لدراستها .

ولقد كان عمدتنا في الدراسة كتاب الأشباه والنظائر للسيوطـي ، وما كتبه بعض الباحثين حديثا فإن حالفنا التوفيق فهو من فضل الله ، وإن كان هناك عيب فنرجو المعذرة لضيق الوقت ، وقلة بضاعتنا ، واتساع الموضوع .

والفضل لله تعالى في توفيقنا لما وصلنا إليه في هذه الدراسة ، وندعو الله تعالى لكل من استفدنا منه في كتابتها ، فلهم فضل السبق . واللـه الموفق للصـواب .

عبد الفتاح محمد النجـار

مقدمـــــة

تشتمل هذه المقدمة على تعريف القاعدة ــ الفرق بينها وبين الضابط ــ تعريف الفقه ــ نشأة هذا الفن ــ ثمرة دراسته ــ أشهر من ألف فيه ــ كتاب عمر لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما .

تعريف القاعدة :

القاعدة في اللغـه هي : الأساس ،وقواعد البيت أساسه (١) فقاعدة كل شيء أساسه . والقاعدة في الاصطلاح : هي عند المناطقـة وعلماء الأصول وغيرهم : كل أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته غالبا . لأن كل أمر كلي يكون تحته جزئيات ينطبق عليها ،فالقاعدة أمر كلي عام .

أما الكل فهو أمر تحته أجزاء يشتمل عليها ، لكن لا يصح حملـه على أجزائه ،بحيث لا يمكن إطلاقه على الأجزاء المندرجة تحته ،مثل الحجرة فإنها تتكون من جدران وسقف وباب ونوافذ ... الخ . فلا يصـــح أن نطلق على الجدار وحده أنه حجرة ،أو على السقف وحده أو على الباب أو النوافـــذ .

وبهذا يظهر الفرق بين الكلي والكل ،بأن الكلي يمكن أن ينطبق على كل جزئياته غالبا . مثل لفظ حيوان فإننا يمكن أن نحمله على البقـــر والجاموس والجمال ... الخ . بخلاف الكل فإنه لا يمكن ذلك كما ســـبق بيانـــــه .

---

(١) ينظر : المصباح المنير ج ٢ باب القاف مع العين وما يثلثهما ومختار الصحاح باب القاف (قعد)

الفرق بين القاعدة والضابط :

القاعدة : هي الأمر الكلي المبني على دليل يتعرف منه أحكاما جزئية غالبا ، وموضوعها ليس معينا ، بل تكون جزئياتها منتشرة ، ومبثوثة في جميع أبواب الفقه التي دونها العلماء ، وفيما يتعرض الناس له من أحداث حتى يرث الله الأرض ومن عليها ، فهي تجمع بين الأشباه والنظائر ولو كانت في أبواب الفقه المختلفة .

أما الضابط : فهو الأمر الكلي الذي لا يعتمد على دليل ، فإذا وجد له دليل فإنه يكون قاعدة وأجزاؤه كلها من نوع واحد ، لأن موضوعه معين ، فإننا حينما نقول : المبتدأ مرفوع ، صدق هذا على كل مبتدأ سواء أكان محمدا أم عليا أم غيرهما مما يقع في الجملة مبتدأ

تعريف الفقه :

الفقه في اللغة : هو الفهم ، يقال فقه الشيء أي فهمه ، قال تعالى (قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول) . (١)

وفي الاصطلاح : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية . (٢)

---

(١) ينظر المصباح المنير ج ٢ باب القاف مع الفاء وما يليهما ، ومختار الصحاح باب القاف (فقه) والآية رقم ٩٠ من سورة هود .

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون ج ١ ص ٣٦ ، ٣٧ ، والفقه الإسلامي : مدخل لدراسة ونظام المعاملات فيه محمد يوسف موسى ص ٩

- نشأة الفقه : لم ينتقل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى حتى كان الفقه قد استكمل أهم أصوله التى قام عليها واستوى فيها بعد ، إذ انقضى بوفاته صلى الله عليه وسلم عهد وضع الشريعة فى أسسها وأصولها ، فلم يبق للعلماء والفقهاء بعده ، إلا الرجوع إلى ما تم فى حياته ، واستلهام ما أوحى الله إليه من كتاب وسنة ، ثم التفريع أو التطبيق حسب الظروف والزمان والمكان والمصالح العامة . (١)

فالفقه لم يكتب أو يؤلف فى عصر الرسول صلى الله وسلم ، لأن الأحكام كانت تنزل عليه بوحى من الله تعالى إما بالقرآن أو بالسنة ، وكان المسلمون يأخذون هذه الأحكام عنه صلى الله عليه و سلم مشافهة ، لأنه هو المبلغ للتشريع ، ومع هذا كان للرسول صلى الله عليه وسلم اجتهادات فيما لم يرد فيه نص ، وكان الوحى إما أن يؤيده وإما يبين له وجه الخطأ ، وبعد انتهاء الصدر الأول ، واتساع رقعة البلاد الإسلامية ، وتجدد الحوادث التى لم تكن معهودة من قبل والتى تحتاج إلى الاجتهاد لاستنباط أحكام لها ، كان الاجتهاد ضروريا ، وتصدى لهذا أئمة المذاهب الأربعة وغيرهم فاجتهدوا واستنبطوا أحكاما لكل ما جد من أمور تحتاج إلى حكم الدين .

وكان اجتهادهم ينحصر فيما ليس فيه نص قطعى أو إجماع ، لثبوتها يقينا ، فلا يكون شئ منها محلا للاجتهاد ، كالصلاة ، فإنه

---

(١) ينظر : الفقه الإسلامى : مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٨ ط ثانية سنة ١٩٥٦ دار الكتب الحديثة .

لايصح الاجتهاد فى فرضها ، لثبوت قطعا بالنص ،وإنما الذى يصح فيه الاجتهاد هو الظنى من أحكامها ، مثل كيفية أدائها ، وأركانهـــا وهيئاتها ،وكذلك الثابت ظاهرا ،وهو مايحتمل المراد وغيره ، بخـلاف الثابت نصا ، وهو مايدل على المراد من غير احتمال ، فلا يصح فيــــه الاجتهاد .

وبهذا اتسع نطاق تطبيق الأحكام على كل مايستجد من أحداث وأصبح الفقه يسير مع احتياجات الناس ويلبى رغباتهم فى معرفة حكم لكـــل مسألة تعرض لهم فى حياتهم .

وبعد عصر المجتهدين ، وكثرة الفروع الفقهية فكر بعض الفقهاء فى أن يجمعوا ماتفرق من هذه الفروع ، فشرعوا فى وضع قواعد كلية تدخـــل تحتها هذه الفروع ، فكانت هذه بداية علم " قواعد الفقه الكلية " ونشأته .

نشأة علم قواعد الفقه الكليـــة :

قال القرافى : الشريعة الإسلامية اشتملت على أصول وفروع ،وأصولها قسمان : أحدهما المسمى بأصول الفقه وهو فى غالب أمره ليس إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ، ونحو الأمر للوجوب والنهى للتحريم ، والصيغة الخاصة للعموم ،ونحو ذلك. وماخرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة ،وخبر الواحد ،وصفات المجتهدين .

والقسم الثانى : قواعد كلية فقهية جليلة ،كثيرة العدد ،عظيمـة المدد ،مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع فى الشريعــــة

مالا يحصى ،ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه ،وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال ،فبقى تفصيله لم يتحصل . (١)

ولقد نشأت مع نشأة الاجتهاد وطبقها المجتهدون من أئمة المذاهب الإسلامية فإن الإمام أبا حنيفه استقصى موارد النصوص من الكتاب والسنة وأقضية الصحابة ،وأرجع النظائر إلى أصل تتفرع منه وقاعدة تندرج تحتها ،فاجتمعت لديه أصول ومبادئ ،فإذا ندت الأخبار من تلك المبادئ كانت مناهضة لما هو أقوى منها .

يقول الحافظ محمد بن يوسف الصالحي : فبمقتضى هذه القواعد ترك الإمام أبو حنيفة رحمه الله العمل بأحاديث كثيرة من الآحاد ... والحق أنه لم يخالف الأحاديث عنادا ،بل خالفها اجتهادًا لحجج واضحة ودلائل صالحة ،وله بتقدير الخطأ أجر ،وبتقدير الإصابة أجران . (٢)

وبهذا يتضح أن مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفه النعمان هو أول المذاهب الإسلامية التى طبقت هذه القواعد بعد أن صاغتها ، ثم نقلها عنهم علماء المذاهب الإسلامية الأخرى ، ولعل أول من دون بعض القواعد فى المذهب الحنفى هو أبو طاهر الدباس من علماء القرن الرابع والخامس الهجرى ، وقد نقلها عنه كما قيل أبو سعيد الهروى

---

(١) الفروق للقرافى جـ ١ ص ٢ ، ٣ ط عالم الكتب بيروت ، وتهذيب الفروق ـ لمحمد على بن حسن المكى جـ ١ ص ٩ .

(٢) نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى ـ للدكتور على حسن عبد القادر ص ٢٢٧ طبعة ثالثة عام ١٩٦٥ .

الشافعي بعد أن رحل إلى أبي طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعد ومنها القواعد الخمس التي تعتبر أمهات القواعد كلها.

وقيل : إن أول مجموعة وصلت في شكل رسالة إلينا هي (قواعد الكرخي) من علماء الأحناف ، وقد شرحها أبو حفص عمر النسفي ،وهو في سبع وثلاثين قاعدة ،ويبدو أن الكرخي قد أخذ قواعد الدباس ثم أضاف إليها بعض القواعد الأخرى .

ثم جاء الإمام أبو زيد عبد الله الدبوسي الحنفي فوضع كتاب (تأسيس النظر) وضمنه مجموعة من الضوابط المهمة الخاصة بموضوعات محددة.

ثم جاء ابن نجيم الحنفي عام ٩٧٠هـ فجمع في الفن الأول خمسا وعشرين قاعدة.

ثم تتابع علماء المذاهب الأخرى في التأليف والكتابة في قواعد الفقه الكلية ،وبلغت الذروة في التأليف في القرن الثامن الهجري الذي يعتبر أعظم عهود التأليف والكتابة فيها .

وقد كتب تاج الدين السبكي من الشافعية كتابا قيما فيها ، وكتب جلال الدين السيوطي كتاب الأشباه والنظائر فيها على المذهب الشافعي وكتب العز بن عبد السلام المتوفى عام ٦٦٠ هـ كتابه المعروف (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) وهو كتاب جليل ،بلغ المرتبة العليا في بيان مقاصد الشريعة الإسلامية من أحكامها.

ولقد وضع شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي كتابا في القواعد سماه (الفوائد السنية في الأسرار الفقهية) قال هو عنه .... وضعت في كتاب الذخيرة من هذه القواعد شيئا كثيرا مفرقا في أبواب الفقه ... ثم وضعت كتابا للقواعد خاصة ، وزدت فيه قواعد كثيرة ليست في الذخيرة)(١) وقال ابن فرحون عن هذا الكتاب : (لم يسبق بمثله ولا أتى أحد بعده بشبهه)(٢) والقرافي تلميذ العز بن عبد السلام.

وقد كتب ابن رجب الحنبلي كتابا في القواعد ، ولكن لا يعتبر من كتب القواعد بالمعنى الخاص لأنه يكاد يأتي لكل جزئية بقاعدة رغم أن صاحب كتاب كشف الظنون قد وصفه بأنه من العجائب . (٣)

ثمرة دراسة قواعد الفقه الكلية :

قال القرافي : هذه القواعد مهمة في الفقه ،عظيمة النفع ،وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف ،وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف ، فيها تنافس العلماء ، وتفاضل الفضلاء ،وبرز القارح على الجذع ،وحاز قصب السبق من فيها برع ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت على الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت ،وضاقت نفسه لذلك وقنطت ، واحتاج

---

(١) ينظر : الفروق للقرافي جـ ١ ص ٣ .

(٢) مقدمة كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام لمحمود عرنوس .

(٣) ينظر في هذا محاضرات فضيلة الأستاذ الكبير الدكتور جاد الرب رمضان لطلاب الدراسات العليا ــ مخطوطة .

لحفظ الجزئيات التي لا تتناهى ، وانتهى المعوشم تتلىق نفسه من طلب مناها ،ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ،لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ماتناقض عند غيره وتناسب وأجاب الشاسع البعيد وتقارب ،وحصل طلبته في أقرب الأزمان ،وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان فبين المقامين شأو بعيد ،وبين المنزلتين تفاوت شديد . (١)

فمن أهم ثمرات دراستها الإلمام بكثير من الأشباه والنظائر ليمكن الإلحاق والتخريج حتى لا تبقى الفروع مشتتة ليس لها أصل يمسكها ويلم شعثها .

التخريج على القاعدة :

لكي نعرف حكم الجزئي محل السؤال يلزم اتباع الطريقة التالية بأن نأتي أولا بموضوع السؤال ونجعله موضوعا للصغرى ،ثم نأتي بموضوع القاعدة ونجعله محمولا للصغرى ،ثم نأتي بالقاعدة ونجعلها مقدمة كبرى ، وبهذا يصبح عندنا قياس من الشكل الأول ، ثم نحذف المكرر بعد ذلك فينتج حكم المسألة الجديدة ،مثال ذلك : لو سأل سائل فقال : هل الوضوء يحتاج إلى نية ؟ نقول : الوضوء عبادة ، وكل عبادة تحتاج إلى نية ، فالوضوء يحتاج إلى نية .

---

(١) ينظر الفروق للقرافي جـ ١ ص ٣ .

وكذلك لو سأل سائل عن حكم الماء النازل من بيوت المسلمين على من تحتهم ، نقول له : الماء النازل من بيوت المسلمين له ظاهره ، وكل ماله ظاهره يحمل على ظاهره ، فالماء النازل من بيوت المسلمين على من تحتهم يحمل على ظاهره .

وكذلك لو سأل سائل عن استحقاق الإخوة لأب للميراث مع الإخوة الأشقاء ، نقول : استحقاق الإخوة لأب للميراث مع الإخوة الأشقاء اجتهاد والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

عدد قواعد الفقه الكلية :

بعض المجتهدين مثل العز بن عبد السلام أرجع جميع مسائل الفقه المختلفة إلى قاعدة واحدة هي (جلب المصالح ودرء المفاسد) بل إنه أرجع الجميع إلى (جلب المصالح) ، لأنه متى تحققت المصلحة درئت المفسدة . وبعض المجتهدين مثل القاضي حسين الشافعي رد جميع مسائل الفقه الشافعي إلى أربع قواعد ، وهي :

(١) اليقين لا يزال بالشك .

(٢) المشقة تجلب التيسير .

(٣) الضرر يزال .

(٤) العادة محكّمة .

وقد زاد بعض المجتهدين قاعدة خامسة وهي :

(٥) (الأمور بمقاصدها)

وجميع مسائل الفقه ترجع إلى هذه القواعد الأربع أو الخمس إما مباشرة أو بواسطة قواعد أخرى متفرعة عليها ، فيلزم القيام بفهم هذه القواعد أولا ثم معرفة القواعد التى تفرعت عنها .

وقواعد الفقه تزيد على المائتين حسب ضبط المجتهدين ، لأن إرجاع جميع مسائل الفقه إلى هذه القواعد مبنى على اختلافهم فى الاجتهاد والتطبيق ، ولذلك اختلفت أنظارهم فى حصر العدد .

وبالنظر فى مسلك العز بن عبد السلام وإرجاعه جميع مسائل الفقه إلى قاعدة واحدة ولم يسلك مسلك غيره من المجتهدين فى اعتبار القواعد التى ذكروها ، نجد أن منهجه لا يوضح رجوع كل مسألة فقهية إلى قاعدة وضابط ، مما يجعل الفهم عسيرا لمن ينظر فى المسائل .

أما مسلك غيره من العلماء فهو يوضح رجوع كل فرع فقهى إلى قاعدته وييسر الوقوف على الأشباه والنظائر .

ولقد سبق أن عرفنا القاعدة بأنها كل أمر كلى ينطبق على جميع جزئياته غالبا .

وهذا يدل على أن أحكام القواعد الفقهية أغلبية ، أى غير مطردة لأنها نصوص موجزة تتضمن أحكاما تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها ، وتتجدد بتجدد الزمن .

- تعريف علم الأشباه والنظائر :

عرفه جلال الدين السيوطي بقوله : (اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يُطّلع على حقائق الفقه ومداركه ، ومآخذه وأسراره ، ويُتَمَهَّر في فهمه واستحضاره ، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان ، ولهذا قال بعض أصحابنا : الفقه معرفة النظائر) (١)

- شرح التعريف :

(اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم) بدأ المصنف التعريف بكلمة (اعلم) للتنبيه على أهمية ما بعدها ، حتى يوجه القارئ إلى اليقظة والالتفاف إلى ما سيلقى بعدها ، ليشحذ فكره .

(فن) مفرد جمعه فنون وهي : الأنواع ، أو أفانين ، وهي الأساليب ، وهي أجناس الكلام وطرقه ، ويقال : رجل متفنن : أي ذو فنون . والفنن الغصن ، وجمعه أفنان والأفانين ، قال تعالى (ذواتا أفنان) (٢)

وفن أي علم . وإنما نونها ليدل على عظمتها . ولذلك جاء بكلمة (عظيم) لتأكيد عظمة هذا العلم .

---

(١) ينظر كتاب : الأشباه والنظائر ص ٦ للإمام جلال الدين السيوطي جامع دار الكتب العلمية - بيروت لبنان ط أولى سنة ١٩٧٩ .

(٢) ينظر كتاب : المصباح المنير ج ٢ باب الفاء والنون وما يثلثهما (فنن) ومختار الصحاح باب الفاء (فنن) والآية رقم ٤٨ من سورة الرحمن .

(الأشباه) جمع شبيه (و النظائر) جمع نظير، فهما مترادفان لأن شبيه الشيء : نظيره ، ونظير الشيء شبيهه، فيكون معنى (علم الأشباه والنظائر) جمع الفروع المتشابهة ووضعها تحت قاعدة كلية ، فيكون الطريق الموصل إلى القاعدة الكلية ومعرفتها هو معرفة الفروع المتشابهة التي تندرج تحتها ،وهذا هو مسلك علماء الأحناف ،ومنهجهم فهم فرعوا ثم قعدوا ، وانتقلوا من المحسوس إلى المعقول ، وهذه أفضل من طريقة الشافعية الذين قعدوا ثم فرعوا ،فإذا عرفنا الأشباه والنظائر انتقلنا منها إلى القاعدة التي هي الأمر الكلي،والأشباه هي : كل فرع فقهي بينه وبين غيره وجه شبه ، فينجذب كل منهما للآخر ويتآخيان في وجه الشبه ، ويرتبط كل منهما بالآخر ، ثم يرتبطان بالقاعدة التي هي كالأم بالنسبة لهما ، فالوضوء عمل والزكاة عمل ،وكل عمل يحتاج إلى نية فكل هذه الأمور تحتاج إلى نية. (فن عظيم) اى علم عظيم ، وبرهن على أسباب عظمته بقوله (به يُطَّلَع على حقائق الفقه) وقدم الجار والمجرور في (به) على الفعل بعده لإفادة الحصر ، فكأنه قال : به لا بغيره يُطَّلَع على حقائق الفقه ، وهذا لا يتأتى لوجاء الجار والمجرور بعد الفعل ،فهو كقوله تعالى : (إياك نعبد وإياك نستعين) فى إفادة الحصر، ومعنى (يُطَّلَع) اى يُعْلَم ويُعْرَف ، وبناء الفعل للمجهول ليدل على أن هذا العلم ليس قاصرا على البعض ،بل هو ميسور الاطلاع عليه لكل من عنده قدرة على الاطلاع.

ومعنى (حقائق الفقه) حقائق جمع حقيقة ،وحقيقة الشـــىء منتهاه وأصله المشتمل عليه (١) ، وماهيتـه ، وماهيه الشئ هو هو ، ويراد بها هنا أحكام الفقه الثابتة شرعا ،فحقائق الفقه هى المفاهـــيم الكلية فيه ،فتنطبع على الأحكام المرتبطة بأفعال المكلفين التى هى هـــى باعتبار مفهومها ، والحقيقة هى استعمال اللفظ فيما وضع له.

ومعنى (ومداركه) جمع مُدْرَك، وهو مصدر ميمى من أدرك ، وهـــو مثل سائر المصادر الميمية يصلح للإطلاق على الزمان والمكان والحدث، فهو من قبيل المشترك اللفظى ، فيقال : حضرت مُدْرَك فلان ، أى مكان إدراكه ، ويقال : لو تمكنت من مُدْرَكه لأنقذته ، أى إدراكه "حدث" ويقال : جاء فلان من السفر مُدْرَك هند ،أى زمان أن بلغت " زمـــان " وتحديد المعنى المراد يحتاج إلى قرينـة.

و (مدارك الفقه) لا يراد بها هنا زمان إدراك الفقه فى علـــم الأشباه والنظائر ،ولا الحدث الذى هو نفس الإدراك ، فكان المراد " مكان الإدراك " مكان الحكم ،وهو الأدلة ، لأن الدليل هو المكـــان المعنوى للحكم ، فهو مكان اعتبارى ،شبهنا الأمر المعنوى بالأمـــر المحسوس. (و مأخذه) عطف تفسير لمدارك ،أى أماكنه ، لأن المدارك هى المآخذ ومكان الأخذ ،أى مكان أخذ الحكم من الدليل والضمير فى (مأخذه) يعود على الفقـه.

---

(١) ينظر كتاب : المصباح المنير ج ١ باب الحاء مع القاف وما يثلثهما (حقـــق)

وكل حكم شرعي له حكمة ،والفرق بينهما وبين العلة ، أن العلة مطردة ، والحكمة غير مطردة ، فهما مختلفان ،وقد توجد بعض الأحكام لايدرك لها علة بالتعبديات ، كالعدة لمن مات زوجها وهى صغيرة.
قوله (وأسراره) أى الفقه ،فعلم الأشباه والنظائر هو الذى نقف به على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره ،ومن هنا كانت عظمة هذا الفن .

قوله (ويتمهر فى فهمه واستحضاره) اى يتمهّر به من يطلع عليه (ويدرك ماجاء به) والماهر هو الذى قد وصل إلى درجة الإتقان والحذق فى الشيء الذى يقوم بدراسته ،والذى يدرس قواعد الفقه يكتسب مهارتين إحداهما مهارة فى الفهم ، والثانية مهارة فى أن يستحضره عندما يَجِدُّ حدث جديد يحتاج إلى حكم ، فإنه يمكنه أن يعطى له حكما شرعيا ،وهذا لايكون إلا بالفهم والاستحضار ،ولا يمكن التخريج على الجزئيات إلا بعد معرفة هذا العلم وفهمه ،لأن من يتعلم قواعد الفقه الكلية يستطيع أن يلحق كل فرع شبيه يجد بالفرع الآخر الذى يشبهه فى الحكم ، فيكون علم الأشباه والنظائر هو الذى يجعل من يتعلمه فى اعلا الدرجات فى إلحاق كل فرع بما يشبهه ويناظره .

قوله (ويقتدر على الإلحاق والتخريج) أى يكون المتعلم لقواعد الفقه الكلية قادرا على الإلحاق أى قياس مالم تشمله نصوص الناس على ماتناولته نصوصهم . والقياس : هو الإتيان بالحادثة التى جدت وإلحاقها بفرع مشابه لها مندرج تحت قاعدة فتأخذ حكم ذلك الفرع .

والتخريج : هو إحضار المسألة الحادثة وليس لها شبيه لتخرجها على القاعدة الفقهية حتى نثبت حكم القاعدة للمسألة الفقهية الجديدة .

ويوجد تخريج غير هذا يسمى (التخريج على أقوال الإمام) مثل أن توجد مسألتان متشابهتان فيثبت الإمام لكل منهما حكماً مختلفاً عن الأخرى ، ثم يأتي أصحابه فينقلون حكم المسألة الأولى للثانية وحكم المسألة الثانية للأولى ، بحيث يصبح لكل مسألة منهما حكمان ، أحدهما للإمام والآخر لأصحابه ، تخريجاً على نص إمامهم ، وهذا التخريج خاص بالشافعية فقط .

قوله (ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة) هذه الجملة معطوفة عطف تفصيل على الجملة التي قبلها وفيها إجمال ، ويراد بالمسائل : الحوادث التي تتجدد ، وتكون من أفعال المكلفين ، ويكون منها ما هو مكتوب ومسطور ومنصوص على حكمه ، ومنها ما سوى ذلك بأن لا يكون حكمها منصوصاً عليه ، فمن يتعلم هذا العلم تكون عنده القدرة والاستطاعة على أن يثبت حكم المسائل التي ليست بمسطورة ولا مكتوبة عن طريق الإلحاق والتخريج .

قوله (والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان) جملة معطوفة على ما قبلها مرادفة لها ، فهي تعادل قوله (... المسائل التي ليست بمسطورة) ، والحوادث جمع حادثة ، والوقائع جمع واقعة ، وهما بمعنى واحد ، والمراد أي حادثة تقع وتتجدد بتجدد الأيام ومرور الزمان ، يجد لها من يتعلم قواعد الفقه الكلية حكماً على مر الزمان ، أما من يفتقد هذا العلم ولا يتعلمه فإنه يقف أمام ما يجد من المسائل على مر الأيام مكتوف الأيدي لأنه فقد الوسيلة التي بها يستطيع الإتيان بحكم جديد .

وبهذا ينتهي المصنف من تعريف علم الأشباه والنظائر ، ثم ينتقل

قولا لبعض أصحاب الامام الشافعي وهو (الفقه معرفة النظائر) لبيان أهمية هذا العلم ، لأن من يعرف الأشباه والنظائر في كل فروع الفقه المختلفة والحوادث التي تأتي على مر الأيام ،هو الجدير بأن يلقب بلقب (الفقيه) أما من يقتصر علمه على دراسة الفقه بجميع مذاهبه بدون أن يكون عنده علم بالأشباه والنظائر ولا يكون ملما بقواعد الفقه الكلية فإنه لا يستطيع إثبات حكم لأية حادثة غير منصوص على حكمها في كتب المذاهب المختلفة ،لأن هذا لا يكون إلا عن طريق الإلحاق والتخريج ، وهو فاقد لهذا الفن.

وبعد أن انتهى المصنف من التعريف ومن بيان أهمية هذا العلم للفقيه أراد أن يأتي بالدليل على أن الفقه هو معرفة النظائر، فقال : (وقد وجدت لذلك أصلا من كلام عمر بن الخطاب) وهو كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري، وقد جاء من طرق مختلفة، وله أسانيد ذكرها السيوطي بلفظ (ح) أي أن السند تحول إلى رجال آخرين.

ثم ذكر قوة السند بقوله (قال الدمياطي : وأنبأنا عاليا أبو الحسن بن المقير ... الخ) ولفظ (عاليا) نص على أن سنده عال ومرتفع وأن رجاله ثقاة وعدول ، لا يتطرق إليهم الشك.

ورسالة عمر إلى أبي موسى الأشعري طويلة ، إلا أن السيوطي لم يذكر منها إلا ما يناسب الموضوع فقط ، وهو الاستدلال على أن الفقه معرفة النظائر والرسالة بتمامها كما يلي :

بسم الله الرحمن الرحيم ـ من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلـــى عبد الله بن قيس ، سلام عليك ، أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم إذا أُدْلِيَ إليك ، وأنفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، وآس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه عقلك ، وهُدِيت فيه إلى رشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ومراجعة الحـــق خير من التمادي في الباطل ، الفهمَ الفهمَ فيما يتلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ، ثم اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك بنظائرها واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق ، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمداً ينتهي إليه ، فإن أحضر بينةً أخذت له بحقه ، وإلا وجهـــت القضاء عليه ، فإنه أنفى للشك ، وأجلى للعمى ، المسلمون عـــدول بعضهم على بعض ، إلا مجلوداً في حد ، أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنيناً في ولاء أو نسب ، فإن الله سبحانه تولى منكم السرائر ، ودرأ بالبينـــات والأيمان ، وإياك والقلق والضجر والتأذي بالخصوم والتنكر عنـــد الخصومات ، فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ، ويحســـن به الذكر ، فمن صحت نيته ، وأقبل على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تخلق للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه شانه الله ، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام . (١)

---

(١) ينظر كتاب الفاروق عمر ـ للدكتور محمد حسين هيكل جـ ٢ ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦ طبع مطبعة مصر عام ١٣٦٤ هـ .

وقد شك البعض في صحة هذه الرسالة ونسبتها إلى عمر بن الخطاب وقالوا : إن أبا موسى الأشعرى لم يل القضاء لعمر بن الخطاب ، وإنما ولى له امرة البصرة ، وأن الذى تولى القضاء لعمر بالبصرة هو كعب بن سور .

وقال ابن حزم : هذه الرسالة لا تصح عن عمر ، لأنها جاءت عن طريق عبد الله عن أبيه الوليد وكلاهما متروك الحديث ، وجاءت أيضا عن طريق عبد الله بن سعيد ، وهو مجهول . (١)

وقد قال بعض الباحثين المحدثين إن هذه الرسالة لم تصدر من عمر لأنها قد اشتملت على اصطلاحات دقيقة تعتبر وليدة لعصور مابعد عصر الصحابة ، ومع التسليم بأنها قد صدرت من عمر فإنها تتعارض مع مسلك أهل الحديث القائلين بكراهة الأخذ بالقياس والرأى ، وتشديدهم في ذلك تشديدا قويا .

وقيل : إن العصر الأول لم يكن فيه قاض مستقل يتولى القضاء على أنه وظيفة مستقلة ، وقد قال الإمام مالك : إن أبا بكر وعمر لم يكن لهما قاض حتى كانت الفتنة فاستقضى معاوية ، وقيل : إن أول خليفة ولى قضاء الأمصار من قبله كان جعفر المنصور ، وعلى هذا فإن الخلفاء والأمراء لم يتخذوا قضاة لمنصب القضاء إلا متأخرا عن زمن عمر ، لأن الخلفاء كانوا

---

(١) ينظر كتاب (إبطال القياس) لابن حزم ص ٦ تحقيق سعيد الأفغانى مطبعة جامعة دمشق عام ١٩٦٠م .

يقضون بأنفسهم ،وقد يستعينون أحيانا عند الضرورة فى أمور القضاء وغيرها بمن يرونهم أهلا للقضاء أو غيره . (١)

ولكن لعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد استعان بأبى موسى فى القضاء نظرا لكثرة مشاغله ، وقد جاءت هذه الرسالة بروايات من عدة طرق مختلفة ، وليس من المعقول أن لا يكون لها أصل مطلقا وقد أطنب السيوطى فى سرد أسانيدها ، وبين أنها قد وردت من عدة طرق ، وأن طرقها عالية أى رفيعة .

وقد تلقاها علماء العالم شرقا وغربا قبولا حسنا ،وجعلوا منها دستورا للقضاء فى الدنيا كلها ،ولا يخلو منها نظام قضائى فى أى دولة.

ويلاحظ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى إدارته لشئون الأمة كان يجتهد عن طريق المصلحة فيما لا نص فيه ، أما فيما يتعلق بالقضاء فكان يأمر القضاة بالالتجاء إلى القياس فيما لا نص فيه من كتاب أو سنة ، ويتضح هذا فى قوله فى آخر كتابه لأبى موسى الأشعرى (الفهمَ الفهمَ فيما يتلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة ، اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك) فإن هذا النص صريح فى أنه عندما لا يجد القاضى نصا شرعيا يعرف شبيه الموضوع مما يكون فيه نص شرعى ويقيس عليه.

---

(١) ينظر كتاب (نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى) للدكتور على حسن عبد القادر ص ٧٤ ــ ٧٥ طبعة ثالثة عام ١٩٦٥م.

وانما كان عمر يأخذ بالمصلحة في غير موضع النص عندما يكون موضوع الاجتهاد متعلقا بأمور الأمة ، وتسيير أمور الدولة ، ويأمر القضاة بأن يأخذوا بالقياس ولا يتجاوزوه ، لأن إدارة شئون الأمة تقوم على المصلحة ، ودفع الفساد ، وإقامة المصلحة في الأول ، ومخالفة ذلك في الثاني ، ولهذا قال الله تعالى في شأن الوالي الفاسد : (ومن الناس من يعجبك قوله في الحياة الدنيا ويشهد الله على ما في قلبه وهو ألد الخصام ، وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد وإذا قيل له اتق الله أخذته العزة بالإثم فحسبه جهنم ولبئس المهاد) . (١)

أما القضاء فإنه تحقيق للعدالة بين الخصوم ، وللانتصاف من الظالم للمظلوم ، ورد الحق من الغاصب للمغصوب منه ، فكان لابد من أن يقيد بنظام ثابت ، مثل القضاء في أنحاء العالم ، فإنه تسن له القوانين وترسم له الحدود ، فلا بد من أن يقيد القضاء في الإسلام بالكتاب والسنة فإذا لم يجد القاضي الحكم صريحا فيهما ليعرفه تعرف من الأشباه والنظائر ما يشارك المنصوص عليه في بعض الأوصاف ليحكم بأنه مثله ، ويكون قضاؤه حينئذ بنص قائم ، أو بالحمل على نص قائم ، مثل القضاء في كل العصور ، حتى لا يكون أمر القضاء لا ضابط له ، وهذا ما أكده عمر رضي الله في أول كتابه بقوله (القضاء سنة متبعة) فكان لابد من تقييد القضاء بالنصوص، والقياس ما هو إلا أسلوب من أساليب فهم النصوص، والاجتهاد من القاضي مقصور على ذلك . (٢)

(١) الآية رقم ٢٠٤ من سورة البقرة .

(٢) - ينظر كتاب (تاريخ المذاهب الإسلامية) للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٤٥-٢٤٦ - طبع دار الفكر العربي .

هذا الكتاب قد أرسى قواعد ومبادئ سار عليها القضاة منذ عصر عمر إلى عصرنا الحاضر فى جميع أنحاء العالم ، لأنها مبادئ ثابتة لا تتغير باختلاف الأزمان والأماكن ، ولذلك ستبقى على مر العصور إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها .

فقد بين أن القضاء أمر فرضه الله تعالى ليكون قائما بين الناس وهو محكم لا يعتريه نسخ ، وطريقة اتبعها البشر منذ القدم ، فداود وسليمان كانا يحكمان بين الناس ، ورسول الله محمد صلى الله عليه وسلم كان يقضى بين الخصوم ، ثم ساق عدة نصائح للقاضى هى : أن يعمل فكره ونظره فيما يعرض أمامه من قضايا لاستنباط الحكم من الأدلة ، فإذا تبين له وجه الحق أنفذ ما اقتنع بأنه هو الحكم الصواب ، لأن الحكم الخطأ لا ينفذ فلا تكون له فائدة ، وأن يسوى بين جميع المتخاصمين فلا يبسط وجهه للبعض دون غيرهم ، ويسوى بينهم فى العدالة وفى مجلس القضاء فلا يقرب بعضهم منه ويبعد غيرهم ، حتى لا يكون هذا داعيا لأن يطمع من له مكانة مرتفعة فى جور القاضى وظلمه ، وييئس الضعيف من عدله ، ثم بين أن البينة وهى الشهادة تطلب من المدعى لضعف موقفه لادعائه خلاف الظاهر ، فكان لابد من حجة قوية وهى البينة ليثبت حقه ، فإذا عجز عنها طلب القاضى اليمين من المدعى عليه ، لقوة موقفه حيث يدعى ما يوافق الظاهر ، فطلب منه اليمين وهو حجة ضعيفة لقوة جانبه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، ثم بين أن كل صلح يجوز بين المسلمين ما دام لم يحل حراما أو يحرم حلالا ، فإنه لا يجوز ثم بين أنه يجب الرجوع فى القضاء إذا اتضح خطؤه بعد مراجعة العقل والاهتداء إلى الصواب فيه ، ولابد من أن يعود إلى الصواب ، ولا تأخذه

العزة بالإثم فيتحمل إثم الإصرار على الخطأ ، لأن الحق وهو حكم الله تعالى قديم ، ومراجعة الحق لازمة ، ثم بين أنه إذا عرضت على القاضي قضية ليست واضحة ، واشتبه عليه وجه الحكم فيها ، فعليه أن يلزم الفهم والروية وتقليب وجوه النظر حتى يتضح له الحكم الصائب فيحكم به .

حتى يصل إلى قوله : (ثم اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك بنظائرها ، واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق) هذه العبارة هي التي جاء بها السيوطي ، وجعلها أصلا ودليلا على علم الأشباه والنظائر لأن عمر قد أرسى بها أسس القضاء ، حيث أمر بتتبع الأشباه والنظائر ، وحفظها ، حتى تتكون عند القاضي الحصيلة الفقهية وتتولد عنده الملكة التي تساعده على إعمال القياس ، الذي يترتب عليه غلبة الظن بأن ما وصل إليه هو الحق والصواب ، فلا يقلد غيره ، حتى لا يكون قد ترك اجتهاده الذي هو الصواب في نظره ، إلى اجتهاد غيره الذي هو خطأ في نظره أيضا .

وقد تختلف بعض النظائر والأشباه عن نظائرها في الحكم لشيء خاص ، فيتحدان في الشكل والصورة في بعض المسائل ويختلف كل منهما عن الآخر ، لأنه ليس من الضروري أن تكون جميع النظائر المتحدة في الصورة والعلة ينطبق عليها حكم واحد ، لاختلاف بعض النظائر عن نظائرها الأخرى .

ولذلك قال القرافي : (ينبغي للمفتي إذا وقعت له مسألة غير منصوصة وأراد تخريجها على قواعد مذهبه أن يمعن النظر في القواعد الإجماعية والمذهبية ، هل فيها ما يوجب انقداح فرق بين الصورة المخرجة والأصل المخرّج عليه أم لا ، فمهما يوهم الفرق ، وأن ثَمَّ معنى في الأصل

مفقود في الصورة المخرجة أمكن أن يلاحظه أمامه المقر لتلك القاعدة في مذهبه ، امتنع عن التخريج ، فإن القياس مع الفرق باطل ، ولأن نسبة المفتى إلى قواعد مذهبه كنسبة المجتهد إلى الشريعة فكما يمتنع على المجتهد القياس على قواعد الشرع مع الفارق ، كذلك يمتنع قياس المفتى مع قيام الفارق ، ولهذا التقرير لا يجوز لمفت أن يخرج غير المنصوص على المنصوص إلا إذا كان شديد الاستحضار لقواعد مذهبه وقواعد الإجماع) . [1] ، ولهذا كان القياس مترتبا على معرفة الأشباه والنظائر .

ويستمر كتاب عمر بعد ذلك في بيان جعل القاضي مدة محددة للمدعى الذي يدعى على غيره شيئا غائبا ، أو بينة غير حاضرة ، وتقدر حسب مايرى القاضي ، فإن أحضرها حكم له بها ، وإلا حكم عليه بعد يمين المدعى عليه ، ثم يبين أن الشهود في الأصل عدول إلا المجلود في حد مثل شارب الخمر والقاذف والزاني غير المحصن ، أو من سبق له شهادة الزور ، أو المتهم في ولاء بأن كان عبدا ثم عتق وانتسب لغير سيده ، أو متهم في نسب إلى غير أبيه ، فهؤلاء لا تقبل شهاداتهم ثم بين له أن يلزم مراقبة الله تعالى فإن الله يراقبه في حكمه ، ثم

---

(١) ينظر كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام — للقرافي — تحقيق محمود عرنوس — طبعة عزت العطار عام ١٩٣٨ .

بين لـه أن يحـذر القلق والضجر والغضب حتى لايفقد اعتدالـه واتزانه وأن لايتأذى بالخصوم إذا بدر من أحدهم ما يستنكره عليه ، أو يتنكـر للخصوم بأن يرفض دعوى المدعى لمال على غيره ويقول لـه : من أيـن أتيت بهذا المال الذى تدعيـه ،ونحوذلك مما ليس له دخـل فى الدعوى ثم بيـن له أن التزام الحق فى مواطن القضاء يعظم الله بـه الأجـر ، ويحسن به الذكر فى الدنيا والآخرة ،فمن أخلـص النيـة لله سبحانـه وحكم بالعدل ولم يخش إلا الله كفاه الله شـر الخلق ، وكفاه ما بينـه وبين الناس ، لأن هذا دليل إيمانه والله تعالـى يقول (إن اللـه يدافع عن الذين آمنوا) (١) ثم يختم عمر وصيته بأن يجعل أبو موسـى هذه الصفات السابقة سجيـة وطبيعة وسلوكا ،لأن من تخلق بغيـر خلقه أمام الناس عابه الله وكشف حقيقته ، ويكون بمظهر المنافقيـن أما من يلتزم بالطريق السوى مراقبا ربه أسعده اللـه فى الدنيا والآخـرة

وقد قسم السيوطى رحمه الله تعالى كتاب الأشباه والنظائـر إلى تسعة كتـب ، والذى يهمنا فى دراستنا هـى الثلاثـة الآتيـة :

---

(١) الآيـة رقـم ٣٨ من سورة الحـج .

الكتاب الأول: الخاص بشرح القواعد الخمس التي قال العلماء عنهـــا إن جميع مسائل الفقه ترجع إليها.

الكتاب الثاني: الخاص بذكر القواعد الكلية التي اتفق عليها العلماء ، لكن لم تأخذ شهرة القواعد الخمس السابقة ، وعددها أربعون قاعـدة ، ويتخرج عليها مالا يحصى من الجزئيات.

الكتاب الثالث: الخاص بذكر القواعد المختلف فيها بين العلمـــاء ، وعددها عشرون قاعدة.

ثم شرع في شرح المسائل الخمس التي قال العلماء عنهـــا إن جميع مسائل الفقه ترجع إليها وهي التي ذكرها في الكتاب الأول بقولـه : حكى القاضي أبوسعيد الهروي[١] أن بعض أئمة الحنفية بهـــراة بلغه أن الإمام أباطاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهـــر ردَّ جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة ، فسافر إليه ، وكان أبوطاهر ضريرا ، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج النـاس منه ، فالتف الهروي بحصير ، وخرج الناس ، وأغلق أبوطاهر المسجـد ، وسرد تلك القواعد سبعا ، فحصلت للهروي سعلة ، فأحس به أبوطاهـــر فضربه وأخرجه من المسجد ، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك ، فرجع الهـروي إلى أصحابه ، وتلا عليهم تلك السبع.[٢]

(١) - نسبة إلى هراة ، وهي بلدة من بلاد سمرقند.
(٢) - ينظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٧.

ولقد تكلم البعض فى هذه الواقعة وقالوا : كيف يصنع أبوطاهر ذلك بالهروى وهو يعلم أن كتمان العلم محرم ،وليس من شأن العالم الذى يعلم الناس الخلق الكريم أن يضرب غيره ، وخاصة وأن الهروى غريب ويعلم ذلك أبوطاهر فكيف يصنع به كل ماصنع.

ولكن قال البعض: لعل أباطاهر لم يكن متأكدًا من صوابه فى هذه القواعد فخشى أن تنتشر بين الناس وفيها الخطأ ،فصنع ماصنع حتى يتأكد من إصابته فيها فيذيعها بين البشر، ولا يمنع أحدا من معرفتها. (١)

قال القاضى أبوسعيد : فلما بلغ القاضى حسينا ذلك رد جميع مذهب الشافعية إلى أربع قواعد :

الأولى : اليقين لايزال بالشك : وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (إن الشيطان ليأتى أحدكم وهو فى صلاة فيقول له : أحدثت، فلاينصرف حتى يسمع صوتا أويجد ريحا). (٢)

واليقين : هو العلم الحاصل عن نظر واستدلال ، فهو العلم الذى يزيل الشك ،يقال: يَقِنَ الأمر يَيْقَن يَقَنًا من باب تعب، إذا ثبت ووضح ،فهو يقين. (٣) ، فيكون اليقين هو الذى لا يحتمل غيره معه.

---

(١) محاضرات فضيلة الأستاذ الدكتور جاد الرب رمضان ـ مخطوطة.
(٢) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧.
(٣) ينظر: المصباح المنير حـ٢ باب الياء (يقن) ومختار الصحاح باب الياء (يقن).

وإذا كان اليقين يزيل الشك فإذا تيقن الإنسان بأمر فإن شك فيه لا يرفعه، ومثال ذلك ما إذا كان الإنسان متوضئا بيقين ثم شك في وجود حدث ناقض للوضوء فإن الأصل هو بقاء الوضوء والطهارة، وإبقاء ما كان على ما كان.

وقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المذكور (حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا) يدل على أن الحواس هي أبواب العلم الذي يكتسبه الإنسان، لقوله تعالى: (والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون)[1] وإنما اقتصرت الآية الكريمة على ذكر السمع والبصر من الحواس لأنهما أوسع الأبواب الموصلة للعلم إلى الإنسان.

__الثانية: المشقة تجلب التيسير:__

قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج)[2] وقال سبحانه (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)[3] وقال صلى الله عليه وسلم (بعثت بالحنيفية السمحة) فالتكاليف الشرعية كلها سهلة وميسرة، فاذا وجد في بعض التكاليف الشرعية شيئا من المشقة على بعض الناس فإن رحمة الله تعالى بعباده اقتضت أن يكون مع تلك المشقة تيسير

---

(١) الآية رقم ٧٨ من سورة النحل.
(٢) الآية رقم ٧٨ من سورة الحج.
(٣) الآية رقم ١٨٥ من سورة البقرة.

ليرفعها ويزيل كل أثر للمشقة عن كاهل المسلم، مثل عذر السفر والمرض والإكراه والنسيان والجهل والحيض والنفاس وعموم البلوى.

ومن فروع هذه القاعدة: التيمم عند وجود المشقة في استعمال الماء، والصلاة مع النجاسة المعفو عنها، وقصر الصلاة الرباعية في السفر ... الخ.

الثالثة: الضرر يُزَال.

الضرر: ضد النفع وهو المكروه.[1] هذه القاعدة جاءت في صورة جملة خبرية في اللفظ، لكن يراد بها الإنشاء في المعنى، لأن معناها ارفعوا الضرر، فلا يجوز للإنسان أن يلحق الضرر بنفسه أو يوقعه على غيره، بل يجب عليه رفع الضرر عن نفسه وعن غيره.

ودليل هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضَرَرَ ولا ضِرَار) أي لا تلحق ضرراً بنفسك ولا بغيرك، ولا تقابل إضرار الغير لك بإضرارك له.

ومن فروع هذه القاعدة: الرد للمبيع المعيب، وجميع أنواع الخيارات في باب البيوع.

---

(١) ينظر: المصباح المنير ج٢ (باب الضاد والراء وما يثلثهما (ضرر) ومختار الصحاح (باب الضاد) (ضرر).

الرابعة : العادة مُحَكَّمة :

العادة : هي مايتعوده الإنسان ، لأنها يعود إليها مرة بعد أخرى ، (١) فتستقر في نفوسهم ، ويتلقاها الناس بالقبول ، وهي قد تكون شخصية كعادة المرأة في حيضها ، وقد تكون عامة إذا كانت لكثير من الناس ، وهذا مايفرق بينها وبين العرف ، لأن العرف لايكون إلا عاماً ، ولا يكون خاصاً أبداً . فقد جعل الشرع عادة الناس وعرفهم حَكَماً ، أي يكون له سلطة ، تُبْنَى الأحكام على مقتضاه ، ودليل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم (مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) .

وقد قال العلائي : إن هذا من كلام عبد الله بن مسعود ، وليس من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يصح الاستدلال به ، ولذلك استدل هو وغيره بقول الله تعالى : (ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا) (٢) فالآية توجب اتباع سبيل المؤمنين ، والسبيل هو الطريق (٣) والعادة والعرف ، وبهذا يكون طريق المؤمنين وعاداتهم وعرفهم واجب الاتباع ، ولذلك لو حلف إنسان وقال : والله لا آكل لحما فأكل سمكا لايحنث) مع أن القرآن الكريم سمى السمك لحما

---

(١) ينظر: المصباح المنير جـ٢ (العين مع الواو ومايثلثهما) (عود) ومختار الصحاح (باب العين) (عود)

(٢) الآية رقم ١١٥ من سورة النساء .

(٣) المصباح المنير جـ٢ (باب السين مع الباء ومايثلثهما) ومختار الصحاح (باب السين) (سبل) .

في قوله تعالى : (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا) (١)
لأن العرف والعادة بين الناس لا تطلق على السمك اسم اللحم .

وقد اعترض بعض المتأخرين على أن هذه الأربع قواعد هي التي يستند إليها فقه الشافعية ، وترجع إليها جميع المسائل الفقهية . لأن معظم المسائل الفقهية ترجع إليها بواسطة ، ولو لم نقل بقاعدة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) لوقع الناس في حرج ومشقة لأن الإمام الشافعي رضى الله عنه لا يجعل الرضاع يثبت برضعة واحدة ، وقد قال الإمام أبوحنيفة رضى الله عنه بثبوت الرضاع برضعة واحدة ، ورأى الشافعي مرتب على قاعدة من القواعد الأربع مثل قاعدة (اليقين لا يزال بالشك) لأن الرضعة الواحدة يحدث فيها شك وتردد هل تمت أم لا ، أما الخمس رضعات فلا يحدث فيها شك وتردد .

وعلى هذا فإن إرجاعهم لفقه الإمام الشافعي إلى الأربع قواعد إن أريد به رجوع جميع المسائل مباشرة فهذا غير صحيح وممنوع ، وإن أريد به رجوعها بواسطة فهذا مسلم به ومقبول .

---

(١)- الآية رقم ١٤ من سورة النحل .

الخامسة : الأمور بمقاصدها :

هذه هي القاعدة الخامسة التي قال السيوطي إن بعض الفضلاء من الشافعية قد ضمها للقواعد الأربع السابقة.

(الأمور) جمع أمر بمعنى الحال، ومنه قوله تعالى (وما أمر فرعون برشيد) وقيل : إن الأمر هو المأمور به. [1] (المقاصد) جمع مقصود، وهو مصدر ميمي يصلح إطلاقه على الزمان أو المكان أو الحدث ولا يصلح أن يراد به الزمان أو المكان هنا، ولكن يراد به الحدث، فيكون المعنى المراد الأمور بقصدها.

ودليل هذه القاعدة: قوله صلى الله عليه وسلم (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه) [2]

وقد اختلف الأحناف والشافعية في فهم المراد من هذا الحديث، فقال الأحناف: إن المقصود من الحديث أن الأعمال تكون كاملة ومقبولة عند الله تعالى حسب نية فاعلها، وهذا ما وضحه آخر الحديث بقوله

---

(١) الآية رقم ٩٧ من سورة هود وينظر المصباح المنير ج ١ (الألف مع الميم وما يثلثهما) (أمر).

(٢) متفق عليه، ذكره البخاري في صدر صحيحه، ثم في باب (ما جاء أن الاعمال بالنية) ورواه الترمذي في باب (ما جاء فيمن يقاتل رياء وسمعة)

صلى الله عليه وسلم (فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله .. الخ) أى تكون هجرته مقبولة ، لقصده وجه ربه جل وعلا ، وليس المراد أن العمل لايكون صحيحا إلا بالنية ، لأنه لا يلزم من توقف قبول العمل على النية أن تتوقف صحته عليها ، فإن كثيرا من الأعمال الصحيحة شرعا التى توفرت لها أركانها وشرائطها تكون غير مقبولة لوجود الرياء ونحوه عند فاعلها .

وقال الشافعية : إن المراد من الحديث أن العمل لايكون صحيحا ولا معتبرا شرعا إلا إذا كان مقترنا بالنية ، وليس المراد صورة الفعل ، لأنها قد تتحقق بدون نية ، وليس المراد أيضا قصد إيجاد الفعل من فاعله المختار الذى يشعر بفعله ويخالف فيه فعل المكره أو الذاهل ، لأن هذا القصد أمر طبيعى يصاحب كل من اتجه للفعل بإرادته ، وليس فى حاجة إلى اشتراط من أحد ، فلا معنى لفرضيته ، فيكون المعنى المراد هو أن العمل لايعتبر ولا يكون صحيحا شرعا إلا بالنية .

فلابد من الإضمار فى الحديث ، وهو مايسميه علماء اللغة دلالة الاقتضاء ، الذى يكون بإضمار مايصح به الكلام ، كما فى قوله تعالى (واسأل القرية) أى : أهل القرية ، فيكون المضمر فى الحديث هو : إنما تصح الأعمال .. الخ أو انما الأعمال تكون صحيحة بالنيات .

ومن فروع هذه القاعدة : الوضوء والغسل والتيمم والصلاة فرضا أو نفلا .

وقال بعض الفضلاء: بني الإسلام على خمس، لقوله صلى الله عليه وسلم: (بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان)، (١) والفقه على خمس.

قال العلائي: وهو حسن جدا، فقد قال الإمام الشافعي يدخل في هذا الحديث ثلث العلم (٢). وهذا لأن جميع التكاليف الشرعية إما راجعة إلى النية أو الى فعل الجوارح أو إقرار باللسان، وما يرجع إلى النية يتعلق بالقلب، ومايتعلق بالجوارح مثل الضرب والجلد، ومايتعلق باللسان، مثل الصدق والكذب ونحو ذلك.

وقوله صلى الله عليه وسلم (إنما الأعمال بالنيات. . . الخ) يتعلق بثلث الفقه، لأن موضوعه يتعلق بالنية، وهي ثلث التكاليف الشرعية.

وقال الشيخ تاج الدين السبكي: التحقيق عندي أنه إن أريد رجوع الفقه إلى خمس بتعسف وتكلف وقول جُمْلي (أي قول بالجملة وليس مفصلا) فالخامسة (أي القاعدة الخامسة، وهي: الأمور بمقاصدها) داخلة في الأولى (أي القاعدة الأولى، وهي: اليقين لا يزال بالشك) حيث إن اليقين من أعمال القلب، والأعمال بالنيات من أعمال القلب أيضا. (٣)

---

(١)- رواه البخاري في صحيحه في (كتاب الايمان) في باب (دعاؤكم ايمانكم) ١٠

(٢)، (٣)- ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨.

بل رجّع الشيخ عز الدين بن عبد السلام الفقه كله إلى قاعدة واحدة وهى اعتبار المصالح ودرء المفاسد [1] (لأن كل الفقه الإسلامى قد بنى على تحقيق المصلحة ودرء المفسدة) بل قد يرجع الكل إلى اعتبار المصالح ، فإن درء المفاسد من جملتها (أى من جملة تحقيق المصلحة ، حيث إن درء المفسدة مصلحة) [2].

ويقال على هذا: واحدة من هؤلاء الخمس كافية (مادامت تحقق ماقاله العز بن عبد السلام ، وهو تحقيق المصلحة) والأشبه أنها الثالثة (أى القاعدة الثالثة ، وهى: الضرر يزال ، حيث إن زوال الضرر يتضمن تحقيق المصلحة).

وإن أريد الرجوع بوضوح (أى إذا أردنا أن نرجع الفقه إلى القواعد بدون واسطة أو تكلف) فإنها (أى القواعد) تربوا (تزيد) على الخمسين ، بل على المئين (أى المئات) من القواعد. [3]

وبعد انتهاء المقدمة بحمد الله تعالى نشرع فى شرح قواعد الفقه الكلية ، ونبدأ بشرح القاعدة الثانية بترتيب كتاب الأشباه والنظائر للسيوطى ، وهى قاعدة (اليقين لايزال بالشك) حسب المنهج الموضوع لطلاب الفرقة الرابعة قسم الشريعة الإسلامية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر.

---

(١) ، (٢) ، (٣) - ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨.

القاعدة الثانية

" اليقين لا يزال بالشك "

اليقين : هو العلم الثابت الذى لايعتريه شك ، فهو العلم الحاصل عن نظر واستدلال ، ويفيد اطمئنان النفس إلى حكم مع الاعتقاد بصحته ، ويوصف به العلم ، ولاتوصف به المعرفه ، فيقال : علم اليقين ، ولا يقال : معرفة اليقين ، وإذا ثبت الأمر ووضح فهو يقين . (١)

الشك : هو الارتياب ، وهو ضد اليقين ، لأنه يكون بالتردد بين شيئين ، بأن يتساوى النقيضان عند الإنسان ، فيتردد ذهنه بين الإثبات والنفى ، ويتوقف عن الحكم ، وهو نوع من الجهل ، وأخص منه ، وقد يكون الشك فى أصل وجود الشىء أو عدم وجوده أو فى جنسه ، أو فى الغرض الذى أنشىء من أجله . (٢)

---

١) ينظر : المفردات فى غريب القرآن للراغب الأصفهانى : باب الياء (يقين) والمصباح المنير ، ومختار الصحاح : باب الياء (يقن) ، والمعجم الوجيز : حرف الياء (يقن) .

٢) ينظر : المفردات فى غريب القرآن : كتاب الشين (شكك) المصباح المنير : الشين مع الكاف ومايثلثهما (شكك) ومختار الصحاح : باب الشين (شكك) والمعجم الوجيز : حرف الشين (الشك)

وليس فى الشريعة الإسلامية أمر مشكوك فيه مطلقا ، وإنما الشك قد يعرض للمكلف ، بتعارض أمارتين أو أكثر عنده فى مسألة معينة ، فتكون مشكوكا فيها عنده ، وقد تكون ظنية له فى وقت آخر ، وقد تكون ظنية عند غيره فى حال كونها مشكوكا فيها عنده ، وقد تكون قطعية عند غيرهم .

فالشك أمر يعرض لمسألة محددة عند إضافتها لحكم المكلف ، ويكون ذلك بسبب النسيان ، أو الذهول ، أو عدم معرفته بالسبب الذى يقطع الشك .

وهذا يخالف الشك الناشئ عن تعارض الأدلة ، لأنه يخرج اليقين عن أن يكون يقينا ، مثل قول الفقهاء فى سؤر البغل والحمار إنه مشكوك فيه ، فيتوضأ ويتيمم ، لأن هذا نشأ عن تعارض دليلى الطهارة والنجاسة ، فأخرج اليقين عن أن يكون يقينا .

معنى القاعدة : معنى قاعدة (اليقين لايزال بالشك) أن ما استقر وكان ثابتا ومتيقنا ، ثم طرأ عليه الشك والارتياب ، فإنه لايرتفع ، لأن الأمر اليقيني لايزيله ماهو أضعف منه ، بل يزيله ماكان يقينا مثله .

ولما كانت الأحكام الفقهية تبنى على الظاهر ، لتعذر الوصول إلى اليقين في كثير من الأحيان ، أجاز الشرع اعتبار غالب الظن ، لندرة خطئه ، وكثرة إصابته .

وقد اتفق الفقهاء على العمل بهذه القاعدة ، وأن الأصل التمسك باليقين ، وترك الأمر المشكوك فيه ، لكنهم قد اختلفوا في كيفية تطبيقها .

وهذه القاعدة تظهر مافي الشريعة الإسلامية من يسر ورأفة بالمسلمين ، ورفع للحرج عنهم ، لأنها تعتبر اليقين أصلا وتقرره ، ولاتعتبر الشك وتزيله ، لأنه ينشأ عن الوسواس ، وخاصة فيما يتعلق بأمور الطهارة والعبادات وغيرها .

أدلة العمل بهذه القاعدة :

يدل على العمل بهذه القاعدة كثير من الأحاديث المروية عن عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) منها مايلي :-

(١) ماروا عبّاد بن تميم عن عمه (أنه شكى إلى رسول الله (ص) الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في

الصلاة ، فقال : لاينفتل ــ أولا ينصرف ــ حتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا) (١) .

فهذا الحديث يدل على أن كل شئ يبقى على أصله المتيقن ، مالم يتقين خلافه ، وأن الشك الطارئ على اليقين لايؤثر فيه ، فمن تيقن الطهارة ، ثم شك في الحدث بعدها يصلي بطهارته المتيقنة ، ولاتأثير للشك في الحدث بعدها ، لأن اليقين لايرفع بالشك .

والحديث وإن كان واردا في الطهارة ، إلا أنه يقاس عليها غيرها مما يدخل في معنى القاعدة ، لأن حكمها ليس خاصا بالطهارة ، ولأن اليقين ثابت ، والشك ارتياب ، ولايرتفع الثابت بالمرتاب فيه .

(٢) ماروا أبو سعيد الخدري . قال : قال رسول الله (ص) (إذا شك أحدكم في صلاته ، فلم يدر . كم صلى ، أثلاثا أم أربعا ؟ فليطرح الشك ، وليبن على ما استيقن) . (٢)

وهذا الحديث واضح الدلالة أيضا في العمل بالمتيقن ، وترك العمل بالشك الطارئ عليه في عدد الركعات التي أداها من صلاته .

(٣) ماروا عبد الرحمن بن عوف . قال : (سمعت رسول الله (ص) يقول : إذا سها أحدكم في صلاته ، فلم يدر واحدة صلّى

---

١) رواه البخاري في باب (لايتوضأ من الشك حتى يستيقن) من كتاب الوضوء ، ورواه مسلم والنسائي وابن ماجة وأبو داود .

٢) رواه مسلم .

أم اثنتين ؟ فليبن على واحدة فإن لم يتيقن صلى اثنتين أم ثلاثا ؟ فليبن على اثنتين ، فإن لم يدر أثلاثا صلى أم أربعا ؟ فليبن على ثلاث ، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم) . (١)

وهذا الحديث مثل سابقه يدل على العمل بالمتيقن في عدد الركعات التي أداها من صلاته ، والمتيقن هو الأقل ، لأن الزائد مشكوك فيه ، واليقين لايزال بالشك .

(٤) مارواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : (قال النبي (ص) : صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته ، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين) (٢)

فقد الرسول (ص) الصحابة أن لايتركوا ماهم عليه من يقين شعبان إلا بيقين رؤية هلال رمضان ، أو استكمال العدة عند تعذر الرؤية ، وأن الشك لايؤثر في ذلك ، ونهى عن صوم يوم الشك ، لأن الأحكام لاتثبت إلا بيقين لاشك فيه ، والمسلم لايترك ماهو عليه من اليقين إلا بيقين مثله ، لأن اليقين لايزال بالشك .

هذه الأحاديث وغيرها هي الأصل لهذه القاعدة ، وهي من القواعد الهامة التي تدخل في جميع أبواب الفقه ، ويتخرج عليها أكثر المسائل الفقهية ، ويندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد ، منها مايلي:

---

١) رواه الترمذي .
٢) رواه البخاري في باب (قول النبي (ص) إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا) من كتاب الصوم .

١- قاعدة : الأصل بقاء ما كان على ما كان .

ومن المسائل الفقهية التي تتفرع من هذه القاعدة ما يلي :-

أولا : من تيقن الطهارة ، وشك في الحدث ، فهو متطهر ، لأن الأصل بقاء الطهارة المتيقنة ، ولاعبرة بالشك في رفعها ، ومن تيقن بالحدث ، وشك في الطهارة ، فهو محدث ، لأن الأصل بقاء الحدث المتيقن ، فلا يؤثر فيه الطهارة المشكوك فيها ، واليقين لايزال بالشك . (١)

وهذا عند الأحناف والشافعية والحنابلة ، وقال المالكية : لا تجوز صلاته مع الشك في بقاء الطهارة ، لأن الأصل عندهم هو بقاء الصلاة في ذمته ، ولا يبرأ منها إلا بطهارة متيقنة ، لأن الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط ، فوقع الشك في الصلاة التي أداها بطهارة مشكوك فيها ، وهي سبب براءة ذمته ، والمشكوك فيه ملغى ، فتكون ذمته مشغولة بالصلاة .

والخلاف بين الجمهور والمالكية قد نشأ من تعارض أصلين هما أصل الطهارة وأصل براءة الذمة ، وقد عمل الجمهور بأصل الطهارة ، فتصح صلاته في هذه الحالة ، ويسقط عنه الفرض .

---

(١)- ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم ج١ ص ٦٩ .

وقد عمل المالكية بأصل آخر هو شغل ذمته بالصلاة فلا تبرأ ذمته منها، ولا تسقط عنه إلا بطهارة متيقنة فأوجبوا عليه الوضوء في هذه الحالة.

والراجح قول الجمهور، للأحاديث المذكورة، ولأن الخلاف لم ينشأ من إبطال إعمال الأصل، وإنما نشأ من تعارض أصلين هما براءة الذمة وبقاء ما كان على ما كان

والشك في الحدث يكون له صور متعددة، منها: أن يشك هل نام أو نعس، والفرق بينهما أن من علامات النوم الرؤيا، ومن علامات النعاس أن يكون سامعا لكلام الحاضرين، ولو لم يكن فاهما لما يقولون، لأن النوم زوال الشعور من القلب مع استرخاء أعصاب الدماغ بسبب ما يصعد من الجوف من الأبخرة، (١) أو يشك هل نام متمكنا أو غير متمكن، أو هل زالت إحدى أليتيه قبل أن يستيقظ أم بعد الاستيقاظ، أو أن ما رآه كان رؤيا أو حديث نفس

---

(١) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم جـ١ ص٧٠، والاشباه والنظائر للسيوطي ص٥١.

أو يشك هل لمس محرما أو غير محرم ، أو هل لمس جسد المرأة أو شعرها (١) ، أو مس الخنثى المشكل أحد العضوين للذكورة أو الأنوثة ، أو مس أحدهما ، ثم مس مرة ثانية ، لكنه شك في العضو الذى مسه ثانيا ، هل هو الذى مسه سابقا فلا ينتقض وضوءه ، أو هو العضو الآخر فينتقض وضوءه ،

ففى كل هذه الحالات لاينتقض وضوءه ، لأن طهارته متيقنة ، والشك فى نقضها لايؤثر فيها ، واليقين لايزول بالشك .

ولاينتقض الوضوء أيضا بلمس الخنثى المشكل أو مسه أو جماعه للشك فى ذكورته وأنوثته . (٢)

ثانيا : من تيقن الطهارة والحدث ، لكنه شك فى السابق منهما على الآخر ، فأصح الأقوال أنه يؤمر بالتذكر فى حاله قبلهما ، هل كان قبلهما محدثا أو كان متطهرا ، فإن كان قبلهما محدثا ، فإنه يكون الآن متطهرا ، لأنه بعد هذا الحدث قد تيقن الطهارة وشك فى نقضها ، حيث لايدرى هل الحدث الثانى كان قبل الطهارة أم بعدها ، وهذا الشك فى النقض لايرفع اليقين بالطهارة .

---

١) ينظر حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ ١ ص٧٢ ، والاشباه والنظائر للسيوطى ص٥١ (٢) ينظر حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص٧٦ ، والاشباه والنظائر للسيوطى ص٥١ .

وإن كان قبلهما متطهرا ، فإن كان معتادا على تجديد الطهارة يكون الآن محدثا ، لأنه قد تيقن الحدث بعد هذه الطهارة ، وشك فى زواله ، حيث لا يدرى هل الطهارة قد حدثت بعد الحدث أو قبله ، بأن يكون قد فعل الطهارتين متعاقبتين .

ومثل هذا :ـ

(١)ـ ما إذا كان عمرو مدينا لزيد بألف جنيه ، وعلمنا ذلك ، ثم أثبت عمرو بالبينة أنه قد قضى هذا الدين ، أو أن زيدا قد أبرأه منه ، ثم أثبت زيد بالبينة أن عمرا قد أقر له بألف مطلقا ، فلا يثبت لزيد شئ بهذه البينة على عمرو ، لاحتمال أن يكون الألف الذى أقر به عمرو هو نفس الألف الذى علمنا وجوبه عليه ، وأقام عمرو البينة بأدائه أو إبرائه منه ، وهذا الاحتمال أوجد شكا ، فلا تشغل ذمته بهذا الاحتمال .

(٢)ـ والماء الذى يتغير أحد أوصافه بشئ طاهر خالطه ، بحيث يمنع إطلاق اسم الماء عليه ، يكون طاهرا غير طهور ، فلو شك فى الطاهر المغير للماء هل هو قليل أو كثير ، فالأصل بقاء طهورية الماء ، لأن طهوريته لا تزول بالشك . (١)

١) ينظر حاشية الباجورى جـ ١ ص ٣٢ ، والأشباه والنظائر ص ٥١ .

(٣)- ولو أحرم بالعمرة ، ثم أحرم بالحج ، وشك بعد ذلك ، هل كان إحرامه بالحج قبل طوافه للعمرة ، فيكون حجه صحيحا ، أو كان إحرامه بالحج بعد طوافه للعمرة ، فيكون حجه باطلا ، فإن حجه يكون صحيحا ، لأن الإحرام بالحج الأصل فيه الجواز حتى يتيقن أن إحرامه به كان بعد طوافه للعمرة .

(٤)- ومثل هذا من تزوج وأحرم ، ولكن لايدرى هل الإحرام كان قبل التزوج أم كان بعده ، فقد قال الإمام الشافعى : يصح زواجه لأن الأصل فيه عدم الإحرام .

(٥)- ومثل هذا من وكل شخصا فى تزوجه ، فزوجه ، ثم لم يدر الموكل هل تم عقد النكاح بعد إحرامه أو قبله ، فإن حجه يصح ، لعدم تيقنه بالمانع ، واليقين لايزال بالشك .

(٦)- ولو أحرم بالحج ثم شك هل كان إحرامه فى أشهر الحج أوقبلها فهو متيقن من زمان الحج ، لكنه يشك فى تقدمه على الإحرام به ، فلا يوثر هذا الشك فيما هو متيقن . وبهذا يصح إحرامه ، وحجه . (١)

(٧)- ولو شك الصائم آخر النهار فى غروب الشمس ، فلا يجوز له التعجيل ، لأن الأصل بقاء النهار ، وكذلك لو ظن غروب الشمس

---

(١) ينظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٢ .

بدون اجتهاد ، فلو أكل من غير اجتهاد بطل صومه ٠ (١)

(٨)- ويستحب تأخير السحور، وتقريبه من الفجر، مالم يترتب على تأخيره شك ، بأن يتردد في بقاء الليل أو عدمه ، فيكون الأفضل حينئذ ترك التأخير ، لقوله (ص) " دع مايريبك إلى مالايريبك " فإذا تسحر يكون تسحره صحيحا ، ويصح صومه ، ولو كان يشك في بقاء الليل ، لأن الأصل هو بقاء الليل ، إلا إذا اتضح أنه قد أخطأ ، فلا يصح صومه ، لتيقن خطئه ، أما إذا اتضح أنه قد أصاب ، أو لم يتضح إصابته، أو خطؤه ، فيصح صومه ، لتيقن إصابته في الحالة الأولى ، ولعدم تيقن خطئه في الحالة الثانية ٠

(٩)- والصائم لابد له من أن يمسك عن المفطر من الفجر إلى غروب الشمس، وتكون نيته قبل الفجر ، فإذا أمسك عن المفطرات طرفي النهار من الفجر إلى غروب الشمس صح صومه ، ولو نوى الصوم بعد الفجر لم يصح صومه ، لأن النية فرض في الصيام ، لقوله (ص) " إنما الأعمال بالنيات ٠٠٠ الخ " ولابد من النية لكل يوم من أيام رمضان ، لأن صيام كل يوم عبادة مستقلة ، لأن كل يومين يتخللهما ماينافض الصيام من تناول ماكان محرما ، ولابد من إيقاع النية في صيام الفرض ليلا قبل طلوع الفجر ، لقوله (ص) " من لم يبيت النية قبل

---

١) ينظر حاشية الباجوري جـ١ ص٢٩٩ ، ٣٠٥ ، والأشباه والنظائر ص٥٢ ٠

الفجر فلا صيام له) ، والمقصود بتبييت النية أن تقع فى أى جزء من الليل من غروب الشمس إلى طلوع الفجر ، فلو قارنت النية الفجر لم يصح صومه ، لعدم تبييت النية ، ولو نوى الصيام قبل الفجر ، ثم أكل وشرب (أو جامع) بعد النية وقبل طلوع الفجر صح صيامه ، ولا يجب عليه تجديد النية . ولو نوى ، ثم شك هل طلع الفجر أم لا ، فصيامه صحيح بالإجماع ، لأن اليقين لا يرفع بالشك . (١)

(١٠)- تجب النفقة للزوجة على زوجها بتمكينه من نفسها (تمكينا تاما) فلو اتفقا على أنها قد مكنت زوجها من نفسها ، ثم اختلفا فى الإنفاق عليها ، فادعت الزوجة أنه لم يعطها النفقة ، وادعى الزوج أنه قد أعطاها نفقتها كلها ، وليس لأحد منهما بينة ، فإن الزوجة تصدق بيمينها ، لأن الأصل عدم الإنفاق ، وثبوت النفقة فى ذمته . (٢)

(١١)- ولو اختلفت الزوجة مع زوجها فى التمكين ، بأن قالت الزوجة : قد مكنت الزوج من نفسى فى وقت كذا ، فأنكر الزوج ، وقال : لم تمكنى من نفسها ، ولا بينة لأحدهما ، فإن الزوج يصدق مع يمينه ، لأن الأصل هو عدم التمكين ، فلو رد عليها اليمين حلفت يمين

---

١) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص ٣٠٠ ، والاشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٢ ، (٢) ينظر حاشية الباجورى جـ٢ ص ١٩٤ ، والاشباه والنظائر ص ٥٢ .

الرد ، واستحقت النفقة ، لأن اليمين المردودة مثل الإقرار أو البينة (١)

(١٢)- لو زوج الأب ابنته ، وهو يعتقد أنها بكر ، فشهد أربع نسوة بعد العقد بأنها كانت ثيبا وقت العقد ، فلا يبطل العقد ، ويكون صحيحا ، لاحتمال زوال البكارة بأصبع أو نحوه ، والأصل هو البكارة ، فلا ينقض بالشك ، ويكون لها حكم البكر . (٢)

(١٣)- ولو زوجها أبوها أوجدها إجبارا ، فادعت أنها ثيب بعد العقد فلا تصدق ، لما في تصديقها من إبطال النكاح ، ويصدق الأب أو الجد بيمينه ، حتى لا يلزم فساد العقد . (٣)

(١٤)- ولو ولدت زوجة وطلقها زوجها ، وادعى أنه طلقها بعد الولادة ، وأن له الحق في مراجعتها ، وادعت الزوجة أنه طلقها قبل الولادة وأنه ليس له الحق في مراجعتها ، لانتهاء العدة بوضع الحمل ، ولم يعين الزوج أو الزوجة وقتا للولادة ولا للطلاق ، فيكون القول قول الزوج لأن الأصل بقاء سلطة النكاح ، فإن اتفقا على تحديد يوم الولادة ، لكن اختلفا في تحديد يوم الطلاق ، بأن قالا إن يوم الولادة كان يوم الجمعة ، وقال الزوج : طلقتها يوم السبت وقالت

---

١) ينظر حاشية الباجوري ج٢ص١٩٤ ، والاشباه والنظائر ص٥٢ .
٢) ينظر حاشية الباجوري ج٢ص١١٤ ، والاشباه والنظائر ص٥٢ .
٣) حاشية الباجوري ج٢ص١١٢ . الاشباه والنظائر ص٥٢ .

الزوجة : بل طلقني يوم الخميس ، فيكون القول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح يوم الخميس ، وعدم الطلاق .

وإن اتفقا على وقت الطلاق ، لكن اختلفا في وقت الولادة ، فيكون القول قولها ، لأن الأصل عدم الولادة حينئذ . (١)

(١٥) - في بيع السلم ، لو أسلم رجل إلى آخر في لحم ، فلما أتى به المسلم إليه ، قال له المسلم : هذا لحم ميتة ، أو لحم شاة ذبحها مجوسي ، فأنكر المسلم إليه كل هذا ، فيكون القول قول المسلم الذي قبض اللحم ، لأنه يتمسك بأصل التحريم ، حتى يتحقق زواله . (٢)

(١٦) - ولو اشترى شخص ماء من آخر ، فادعى المشتري أن الماء نجس ، ليتمكن من رده إلى البائع ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل طهارة الماء ، ولا يزول بيقين .

(١٧) - لو طلقت امرأة ، فادعت أن طهرها ممتد ، وأن عدتها لم تنقض فإنها تصدق ، ويكون لها النفقة ، لأن الأصل بقاء العدة .

(١٨) - ولو وكل شخص رجلا آخر في شراء جارية ، ووصفها ، فاشترى الوكيل جارية بنفس الصفة ، لكنه مات قبل أن يسلمها للموكل ، لا يحل للموكل أن يطأها ، لاحتمال أن يكون الوكيل اشتراها لنفسه فالأصل فيها أن تكون محرمة على الموكل ، رغم أن الوكيل قد اشتراها بالصفات التي حددها الموكل ، مما يحلها في الظاهر للموكل . (٣)

---

(١) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٢ (٢) ينظر الأشباه والنظائر ص٥٢ ، (٣) ينظر الأشباه والنظائر ص٥٢ ، ٥٣ .

٢) قاعدة (((الاصل براءة الذمة)))

معنى الاصل لغـة : أصل الشئ اساسه الذى يبنى عليه ، ويستند وجود ذلك الشئ اليه ، فأساس الحائط أصلـه ، وأصل الولد والده . (١)

معنى البراءة لغـة : يقال : برئ من الدين أى سقط عنه طلبه ، وخلص وخلا ، وأبرأ فلان فلانا من دين عليه أى خلصه منه ، وعلى هذا جاء قول الله تعالى : ((فبرأه الله مما قالوا)) ، ويقال : تبرأ من الشئ ، أى تخلص منه ، وعلى هذا جاء قوله تعالى : ((اذ تبرأ الذين اتبعوا من الذين اتبعوا)) . (٢)

معنى الذمة لغـة : هى العهد والامان والكفالة ، كما فى قول الرسول (ص) : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم) ، وتكون بمعنى الحق والحرمة ، كما فى قوله (ص) : (.. ومن ترك صلاة مكتوبة متعمدا فقد برئت منه ذمة الله) . (٣)

---

(١) ينظر المصباح المنير : الالف مع الصاد ومايثلثهما (أصل) ، والمعجم الوجيز : حرف الالف (أصل) .

(٢) ينظر المصباح المنير : الباء مع الدال ومايثلثهما (برئ) ، والمعجم الوجيز : حرف الباء (برأ) .

(٣) ينظر المصباح المنير : الذال مع الميم ومايثلثهما (ذمم) ومختار الصحاح : باب الذال (ذمم) ، والمعجم الوجيز حرف الذال (ذمم) .

والمقصود بالاصل اصطلاحا : يطلق الاصل ويراد منه معان كثيرة ، منها أن يكون بمعنى القانون أو القاعدة التي تنطبق على جزئياتها ، وهذا المعنى هو المراد هنا .

والمقصود بالذمة عند الفقهاء : هي : هي معنى يصير به الانسان اهلا لوجوب الحق له أو عليه .

معنى القاعدة : أن الله تعالى قد خلق جميع الذمم لكل الناس بريئة ، غير مشغولة بحق من الحقوق ، وأنه لا تشغل ذمة أي انسان بواجب أو حق الا بيقين وثبوت ، فاذا تنازع شخصان في حق بينهما ، فكل منهما يحتاج الى مرجح من الاصل أو الظاهر ، ومن الاصل براءة الذمة ، فمن يتمسك بها يكون قوله هو الراجح ، لان الاصل يشهد له ، وهو عدم شغل ذمته ، حتى يقوم دليل على خلافه .

ولهذا لم يقبل شاهد واحد في شغل الذمة ، بل لابد وأن يكون معه شاهد اخر ، أو يمين المدعي ، وكان القول في الدعوى للمدعى عليه ، لانه هو الموافق للاصل ، وهو براءة الذمة .

ومن فروع هذه القاعدة ما يلي :

١) لو أتلف شخص مالا مملوكا لغيره ، وليس له مثل ، ووجبت قيمته عليه ، فاختلف صاحب المال مع من أتلفه في قيمته ،

مثل المستعير ، والمستام الذى أخذ السلعة على سوم الشراء ، والغاصب ، والمودع الذى تعدى على الوديعة ، فيكون القول للغارم الذى أتلف المال ، لان الاصل ان ذمته بريئة من الزيادة . (١)

٢) اذا لم يكن للمدعى بينه ، فوجهت اليمين الى المدعى عليه ، فنكل عن اليمين ، فلا يقضى عليه بمجرد نكوله ، لان الاصل براءة ذمته ، وانما تعرض اليمين على المدعى . (٢)

٣) لو أقرض شخص مالا لغيره ، وقال المقرض : ملكتك هذا المال على أن ترد بدله ، ثم اختلفا فى ذكر البدل ، فيكون القول للآخذ ، لان الاصل براءة الذمة .

٤) اذا اعتدى شخص على الآخر ، فأحدث به جناية موضحة ، وهى التى توضح العظم من اللحم ، وجب فيها القصاص ، فقال الجانى : اننى قد أوضحتها على ماهى عليه الان ، فقال المجنى عليه : بل قد اوضحت موضحتين ، وكان بينهما حاجزا ، وأنا الذى رفعت هذا الحاجز ، فيصدق الجانى ، لان الاصل براءة الذمة .

---

(١) ينظر حاشية الباجورى ج٢ ص ١١ ، ١٥ .
(٢) ينظر حاشية الباجورى ج٢ ص ٣٤٥ .

لطيفـــــــة

قال ابن الصائغ : قول الفقهاء : (ان الاصل براءة الذمة، فلا يقوى الشاهد على شغلها مالم يعتضد بسبب اخر) يماثلـــة قول النحاة : (الاصل في الاسماء الصرف لايقوى سبب واحد علـــى خروجـه عن أصله حتى يعتضد بسبب اخر) .

٣) قال الامام الشافعي رضي الله عنه :
((أصل ما أنبني عليه الاقرار اني اعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبـــة))

وهي قاعدة مطردة عند الشافعية ترجع الى ان الاصــــل براءة الذمـــة ، ومن امثلتها مايلـــــي :

١) لو أقـر لاخر بأنه وهبه أو ملكه شيئا ، فان هـــــذا لايكون اقرارا منه بالقبض ، لاحتمال أنه اعتقد عدم توقف الهبــــة على القبض ، والاصل ان الاقـرار لايلبى الا على اليقيـــن .

٢) لو أقـر رجل لابنه بعيـن ، فهذا الاقرار يمكـــن حمله على البيـع ، مما يمنع الرجوع فيـه ، ويمكن حملة على الهبـــة فلا يمنع الرجوع عنه ، وقد أفتى البعض بعدم الرجوع ، لان الاصـل

بقاء ملك العين للمقر له ، وأفتى غيرهم باثبات الرجوع ، حملا على أقل السببين وأضعف الملكين ، وهو الهبة ، ويمكن الجمع بين الرأيين بأن يقال : ان اقر بانتقال الملك منه الى ابنه فانه ينتقل ، وان اقر بالملك مطلقا ولم يقر بانتقال الملك ، فلا ينتقل الملك .

والاصح عند النووى هو القول باثبات الرجوع مطلقا ، تنزيلا لاقل السببين وأضعف الملكين وهو الهبة .

٣) لو أقر الحاكم بشئ ان كان على جهة الحكم كان اقراره حكما ، وان لم يكن على جهة الحكم بأن كان فى معرض الحكايات والاخبار عن الامور المتقدمة لم يكن اقراره حكما ، كما قال الرفاعى .

فاذا شككنا فى اقراره ، هل كان على جهة الحكم أم على سبيل الاخبار ، لايكون حكما ، لان الاصل بقاؤه على الاخبار ، وعدم نقله الى الانشاء .

٤) لو أقر شخص بمال ، أو بمال عظيم أو مال كثير أو مال كبير ، يقبل تفسيره لمقداره بما يتمول ، ولو كان قليلا .

٥) ولو قال شخص : لفلان عندى سيف فى غمد ، أو له ثوب فى صندوق ، لايلزمه الظرف ، بل يلزمه السيف دون الغمد ، والثوب دون الصندوق ، ولو قال : له عندى غمد فيه سيف أو له صندوق فيه ثوب ، يلزمه الظرف وحده فقط ، فيلزمه الغمد دون السيف ، والصندوق دون الثوب .

ولو قال : له عندي خاتم فيه فص ، أو له دابة في حافرها نعل ، لا يلزمه الا الخاتم فقط دون الفص ، والدابة دون النعل في حافرها .

٦) ولو أقر لشخص بألف جنيه ، ثم أقر بألف جنيه في يوم اخر ، لا يلزمه الا ألف واحدة فقط .

وان اقر له في المرة الثانية بأكثر من الالف دخل الاقل في الاكثر .

وهذه القاعدة فروعها كثيرة .

تنبيه

لو قال شخص : لفلان على دراهم ، اتفق الشافعية على أنه يلزمه ثلاثة دراهم ، ولم يقل أحد بأنه يلزمه درهمان ، بناء على أن أقل الجمع اثنان ، وان كان المشهور أنه ثلاثة ، فيجوز انه اطلق الجمع على الاثنين تجوزا ، والاقرار مبني على اليقين .

أجاب السبكي عن ذلك بقوله : اقراره محمول على الحقيقة ، وكونه محتملا للمجاز لا يقتضي الحمل عليه ، حتى لا يترتب على هذا عدم التمسك بأي اقرار .

وقال الهروى : ان اصل هذا قول الشافعى : انه يلزم فـــى الاقـــرار باليقيـــن وظاهر المعلـــم ، وهو الظن القوى ، ولايلـــــزم بمجرد الظن ، كما يلزم فى حال الشك ، اذ الاصل براءة الذمة .

قال السبكـــى : ماقاله الهروى صحيح ، واحتمال ارادة المجاز دون الشك لانه وهـــم ، فكيـــف يحمل بــه .

ولو قال المقر : أردت بقولــى (دراهم) درهمين ، لـــــم يقبل قولـــه ، وانما يكـــون له تحليف غريمـــه ، ولا يقدح فى هــــــذا كون الاقـــرار مبنيـــا على اليقيـــن ، لان القول بالثلاثة دراهم قـــــول باليقيـــن ، لانه وضع له اللفظ فى اللغة ، ولايراد باليقين القطــــع ، لان الهروى يأخذ باليقين وبالظـــن القوى ، واللفظ انما يحمل علـــى المجاز اذا وجدت قرينـــة ، فاذا لـــم توجد فانه يحمل على الحقيقـــة قطعا ، وهذا هو المقصود باليقيـــن .

٣) قاعدة : (((من شك هل فعل شيئـــا أولا ؟ فالاصل انه لم يفعلـــه)))

يدخل فيها قاعدة أخـــرى :

((من تيقن الفعل وشك فى القليل او الكثير حمل على القليل لانه المتيقن ، اللهم الا أن تشتغل الذمة بالاصل ، فلا تبرأ الا بيقين))

وهذا الاستثناء راجع الى قاعدة ثالثة ، ذكرها الامام الشافعى رضى الله عنه ، وهى :

((أن ماثبت بيقين لايرتفع الا بيقين))

ومن فروع ذلك مايلى :

١) لو شك المصلى فى أنه ترك مأمورا به فى الصلاة يسجد للسهو ، لان الاصل عدم فعله ، وكذلك لو شك فى ارتكاب فعل محظور فى الصلاة ، فلا يسجد للسهو ، لان الاصل عدم فعله كذلك . (١)

٢) لو سها المصلى عن شئ ، وشك هل سجد للسهو أم لا ، فانه يسجد للسهو .

٣) لو شك من يتوضأ فى أنه ترك ركنا من أركان الوضوء ، أو شك من يصلى فى أنه ترك ركنا من أركان الصلاة ، أو شك فيرهما فى ترك ركن من أركان عبادة أخرى ، وجبت اعادة هذا الركن عليه ، فلو علم الركن الذى تركه لكن شك فى عينه ، فانه يأخذ بالاسوأ ، فان احتمل أن الركن الذى تركه هو النية وجب عليه الاستئناف ، لانه شك فى الانعقاد ، والاصل عدمه . (٢)

(١) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص١٩٢ .
(٢) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص١٩١ - ١٩٢ .

٤) لو ترك المصلي سجدة ، وشك هل هي من الركعة الاخيرة او من غيرها ، يلزمه اداء ركعة . لاحتمال أن تكون من غيرها ، فتكمل بركعة تالية لها ، ويلغو باقيها .

٥) لو ترك المصلي سجدتين او ثلاثا ، وشك في محلها ، وفي أي الركعات كانت ، وجب عليه ان يصلي ركعتين ، لاحتمال أن يكون قد ترك سجدة من الركعة الاولى ، وسجدة من الركعة الثانية ، فيكمل الركعة الاولى بالركعة الثانية ، والثالثة بالرابعة ، ويلغو الباقي ، وكذلك لو انضم الى ذلك ترك سجدة اخرى بالاجماع .

وقد اعترض على ذلك بأن الصواب في الشك في الثلاث سجدات أن يلزمه ركعتين وسجدة ، لانه على اسوأ الاحوال يكون المتروك هو السجدة الاولى من الركعة الاولى ، والسجدة الثانية من الركعة الثانية ، وسجدة واحدة من الركعة الرابعة ، ويبقى عليه من الركعة الاولى الجلوس بين السجدتين ، وكذلك السجدة الثانية ، فلما كان التقدير أنه ترك السجدة الثانية من الركعة الثانية لايمكن أن يكمل الركعة الاولى بالسجدة الاولى للركعة الثانية لفقد ان الجلوس بين السجدتين قبلها ، والجلوس بعدها محسوب ، وبهذا يكون الحاصل له من الركعتين ركعة الا سجدة ، فيكملها بسجدة من الركعة الثالثة ، ويلغو باقيها ، ثم ترك سجدة واحدة من الركعة الرابعة فيكون الباقي عليه ركعتين وسجدة ، وقال بهذا بعض العلماء ، وقال شارح المنهاج : انه عمل عقلي واضح لاشك فيه .

وقد أجاب النسائى عن هذا الاعتراض بأن هذا خلاف التصوير ، لانهم حصروا المتروك فى ثلاث سجدات ، مما يستدعى ترك فرض اخر ، وهو الجلوس ، واتفاقهم على أن المتروك من الركعة الاولى سجدة واحدة ، يبطل هذا الخيال .

ولو ترك اربع سجدات وشك فى محلها ، يلزمه سجدة وركعتان ، لاحتمال أن يكون قد ترك سجدتين من الركعة الاولى ، وسجدة من الركعة الثالثة ، وسجدة من الركعة الرابعة .

وبناء على الاعتراض السابق يجب عليه سجدتان وركعتان ، لاحتمال ترك السجدة الاولى من الركعة الاولى ، والسجدة الثانية من الركعة الثانية ، وسجدتين من الركعة الرابعة ، فحصل من الثلاث ركعة ، ولا سجود فى الرابعة .

ولو ترك خمس سجدات ، وشك فى محلها ، يلزمه اداء ثلاث ركعات ، لاحتمال أن يكون قد ترك سجدتين من الركعة الاولى ، وسجدتين من الركعة الثالثة ، وسجدة من الركعة الرابعة .

٦) لو شك المتوضئ فى عدد مرات غسل الاعضاء فى الوضوء ، وهل غسل مرتين او ثلاثا ، فانه يبنى على الاقل ، ويغسل المرة الثالثة ، وقال الجوينى : لايغسل الثالثة ، لان تركه للسنة أهون من فعله للبدعة ، ولكن رد عليه : بأن غسلها لايكون بدعة الا اذا علم أنها رابعة .

٧) لو أحرم شخص ، ثم شك هل أحرم بحج او عمرة ، فانه ينوى القران ، ولايجزيه الا الحج فقط ، لاحتمال أنه يكون قد أحرم به ، فلا يصح ادخال العمرة عليه .

٨) لو طلق الزوج زوجته ، ثم شك هل طلقها طلقة واحدة أو أكثر ، فانه يبنى على الاقل .

٩) لو شك المدين فى قدر الدين الذى عليه فانه يلزمه اخراج القدر المتيقن عند الامام الشافعى ، الا أن تشتغل ذمته بالاصل ، فيكون عليه اداؤه كله ، ولايبرأ الا مما تيقين انه قد أداه ، ويكون مثل من نسى صلاة غير محددة من الصلوات الخمس فانه يلزمه اداء الصلوات الخمس كلها .

١٠) لو وجبت زكاة الماشية على شخص ، وكان عليه اخراج بقرة وشاة ، وأخرج احداهما ، ثم شك فى تعيين ماأخرجه ، هل أخرج البقرة أو الشاة ، فانه يجب عليه اخراجهما ، قياسا على الصلاة ، كما قال ابن عبد السلام .

وقال القفال : لو كانت له أموال من الابل والبقر والغنم ، وشك فى أن عليه كلها أو بعضها ، لزمه زكاة الجميع ، لان الاصل بقاء زكاته ، مثل مالو شك فى الصيام فى العشر الاول من رمضان ، هل عليه صيامها كلها او ثلاثة أيام فقط ، وجب عليه قضاء العشر كلها ، ولو اتخذ اناء من ذهب وفضه ، وجهل الاكثر منهما ولم يستطع تمييزه ، وجب عليه أن يزكى الاكثر ذهبا وفضه .

١١) لو وجبت عليها العدة ، لكنها شكت هل هي عدة طلاق أو وفاة ، فانه يلزمها الاكثر في هذه الصورة ، لان المكلف ينسب الى التقصير ، بخلاف من يخرج من قبله سائل ، فشك هل هو منى أم مذى ، فانه يكون مخيرا .

١٢) من نذر شيئا ، ثم نسي هل النذر صلاة أو صيام او صدقة ، قال البغوى : يمكن أن يقال يجب عليه الاتيان بها كلها ، مثل من نسي صلاة من الصلوات الخمس ولا يعرفها بالتحديد ، ويمكن أن يقال : يجتهد ليصل الى التحديد ، ولا يجب عليه الكل ، بخلاف الصلاة ، لانا قد تيقنا وجوب جميع الصلوات عليه ، فلا يسقط بعضها عنه الا بيقين ، اما في مسألة النذر فانه لا يجب عليه الا شئ واحد ، ولا يجب عليه الجميع ، لكن قد اشتبه عليه تحديده ، فيجتهد كما في تحديد جهة القبلة ، والاواني الطاهرة التي يوجد وسطها اناء نجس غير محدد .

١٣) ولو حلف شخص ، ثم شك هل كان حلفه بالله تعالى ، أو الطلاق ، أو العتق ، فقال اللخمي المالكي : ان كل يمين لم يعتد أن يحلف بها لا تدخل في هذه اليمين مع الشك ، واذا حنث لا يقع الطلاق ، لانه لا يقع بالشك .

وبالنسبة للكفارة ففيها احتمالان : الاول : أنه لا تجب عليه الكفارة في الحال ، لعدم تحقق شغل ذمته ، لوجود الشك ، وهذا هو الاحتمال الراجح .

والثاني : انه تجب الكفارة عليه الان ، صبراً اذا اعتق ، لان اليمين ان كانت بالله او الظهار أو العتق ، فان العتق يجزئ فيها جميعا ، ولايضر عدم التعيين ، بخلاف ما لو اطعم او كسا .

١٤) لو وجب حد على شخص ، وحصل شك في هذا الحد ، هل هو رجم او جلد ، قال ابن المسلم : لايحد ، بل يعزر ، لان التردد بين جنسين من العقوبة ، اذا لم يكونا قتلا ، يقتضي اسقاطهما معا ، والانتقال الى التعزير ، لانه لايمكن الجمع بينهما ، وليس احدهما بأولى من الاخر.(1)

١٥) لو ترك شخص الصلاة مدة يومين ، فصلى عشر صلوات ، ثم علم بأنه قد ترك سجدة من احدى هذه الصلوات ، ولايدري أي صلاة هي : قال القاضي حسين : يلزمه اعادة صلوات يوم وليلة ، وهذا مثل قوله فيمن ترك صلوات لايدري عددها : أنه يجب عليه القضاء حتى يتيقن انه قد أتى بالمتروك ، وقال ابن القطان : الصحيح ان يكتفي بصلاة واحدة ، لانه بعد ادائها يصير شاكا في وجوب الصلوات الباقية عليه ، وهذا الشك يمنع وجوب اعادة الصلوات الباقية ، ومثل هذا قول القفال : يكتفي بقضاء مايشك بعدة ، في أنه هل بقي في ذمته شيء .

---

(1) ينظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص٢٥٧ ، ٣٤٢ .

٤) قاعـــدة : (((الأصـل العـــدم)))

معنى الأصل والعدم لغـة : أصل الشئ : أسفله وأساسه ، ومايستند اليه وجود ذلك الشئ ، فالاب اصل لولده ، وأساس الحائط اصلـه ، وعلى هذا جاء قوله تعالى : ((أصلها ثابت وفرعهـا في السماء)) .

والعدم : الفقد ، وأن لايكون الشئ موجودا . (١)

معنى الاصل اصطلاحا : يطلق على معان كثيرة ، منهـــا أن يكون بمعنى القانون والقاعدة التي تنطبق على جزئياتها ، وهـذا المعنى هو المراد هنا .

معنى القاعدة : ان الشئ الذي يكون معدوما اصلا يستمـــر على العدم ، مالم يقـم دليل على وجوده ، فيحكم بوجوده للدليل .

ويندرج تحت هذه القاعدة فروع ، منها مايلي :

١) لو حدث خلاف في ثبوت الوطء ، فقال شخص بثبـوت الوطء ، وقال اخر بعدم الوطء فيكون القول لمن ينفي الوطء غالبـا ، لان الاصل عدم الوطء .

---

(١) ينظر المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني: كتـــاب الالف ـ الالف مع الصاد (أصل) ، والمصباح مع الصاد ومايثلثهما (أصل) ، والعين مع الدال ومايثلثهمـــا (عدم) ، ومختار الصحاح : باب العين(عدم) ، والمعجـــم الوجيز حرف الالف (أصل) ، وحرف العين (عدم) .

٢) لو قال عامل القراض (المضاربة) : لم اربح ، وقـال صاحب المال : بل قد ربحت ، يكون القول لعامل القراض ، لان الاصل عدم الربح ، وكذلك لو قال العامل : لم أربح الا كذا ، وقال صاحب المال : بل ربحت أكثر من ذلك ، فالقول قول عامل القراض ، لان الاصل عدم الزيادة ، وكذلك لو قال العامل : لم تمنعني عن شراء كذا ، فقـال صاحب المـال : بل قد نهيتك عن شرائه ، فالقول قول عامـــل القراض ، لان الاصل عدم النهي ، ولانه لو كـان كما قال صاحـب المال في كل ماسبق لكان خائنـا ، والاصل فيه عدم الخيانة ، وكذلـك لو قـال عامل القراض : قد أعطيتني رأس المال كذا ، فقال صاحـب رأس المال : بل أعطيتك أكثر من ، فالقول قول العامل ، لان الاصـل عدم دفع الزيـادة .

ولو أخذ شخص مالا من غيره ، فتلف المال ، فقال لصاحـب المال : قد أخذته منك قراضـا ـ أي مضاربـة ـ وقال صاحـب المال : بل أخذته قرضـا ، يكون القول لمن أخذ المال ، عنـد البغوي وابن الصلاح ، لان الاخذ والمعطي قد اتفقا على جـواز التصرف ، والاصل عدم الضمـان ، وكذلك لو كان الامر بالعكـس بأن قال صاحب المال : انه قراض (مضاربة) ، وقال الاخـذ : بل أخذته قرضـا ، وكان المال وربحـه موجودين ، فالظاهـر أن يكون القول قول مدعي القرض ، وهو الاخذ ايضا ، الامور منها :

أ) أنعقد لفلظ على نفسه ، لان المال كان عرضة لان يتلف أويخسره فلا يكون مضمونا عليه او كان قراضا .

ب) ان اليد له في المال والربح .

ج) أنه كان يستطيع أن يجعل الربح له ، بأن يقول : انني اشتريت هذا الشئ لي ، ويكون القول قوله .

ولو اتفقا على أن المال قراض ، فدعواه بأن المال قرض يستلزم دعواه أنه قد اشتراه له ، فيكون ربحه له .

٣) لو أقر شخص بدين عليه لاخره أو ثبت عليه الدين ببينه ، فادعى أنه قد أداه للدائن ، أو أن الدائن قد أبراه منه ، فيكون القول قول الدائن ، لان الاصل عدم الدفع أو الابراء .

٤) لو اختلف البائع والمشترى فى أن العيب بالمبيع قديم اوغير قديم ، فادعى المشترى أن العيب قديم قبل ان يشترى المبيع ، وأنكر البائع قدم العيب ، وقال : انه حدث بالسلعة وهي في يد المشترى بعد قبضها ، فالقول قول البائع ، قيل : لان الاصل عدم وجود العيب فى يد البائع ، وقيل : لان الاصل لزوم العقد ، وبهذا قال الرافعى والنووى .

ويترتب على هذا الخلاف فى التعليل خلاف فى حالة ما اذا ادعى البائع قدم العيب ، وادعى المشترى حدوثه ، بأن باع السلعة بشرط البراءة ، فادعى المشترى حدوث العيب بها قبل

القبض ، ليردها به ، لانه لايبرأ منه ، فان عللنا بأن الاصل عدم وجود العيب فيه البائع ، فانا نصدق المشترى ، لان هذا يقتضى الرد هنا ، وان عللنا بأن الاصل لزوم العقد صدقنا البائع ، ومقتضى ذلك تصحيح تصديق البائع ، كما قال الاسنوى .

٥) لو اختلف الجانى مع الولى فى مضى زمن يمكن فيه الاندمال للجرح ، فقال الجانى : لم يمض وقت للاندمال ، وقال الولى : بل مضى وقت ، وطالب بالقصاص ، فيكون القول قول الجانى ، لان الاصل عدم مضى الوقت ، وبراءة الذمة .

٦) لو أكل شخص طعاما مملوكا لغيره ، وقال لصاحب الطعام : كنت قد أبحت لى هذا الطعام ، فأنكر صاحب الطعام وقال : لم ابحه لك ، يصدق المالك ، لان الاصل عدم الاباحة .

٧) لو ماتت زوجة مسلم بعد أن ولدت ابنا له ، فأرضعته امرأة يهودية لها ابن يهودى ، ثم غاب الاب ، وحضر بعد مدة وقد ماتت اليهودية ، ولم يعرف ابنه من ابن اليهودية ، ولا يوجد أحد يعرف أحدهما من الاخر ، ولا يوجد قائف ولم ينتسبا . قال النووى : يوقف امر الولدين حتى يتبين حال كل منهما ، ببينة أو قافة ، أو يبلغا فينتسبان انتسابا مختلفا ، ويوضعان فى الحال فى يد المسلم ، حتى يبلغا ، فان بلغا ولم يتضح امرهما بالبينة او القافة ولم ينتسبا انتسابا مختلفا ، فيستمر الوقف فيما يختص بالنسب .

ويتلطف بهما حتى يسلما معا ، فان أصرا على الامتناع من الاسلام لم يكرها عليه ، ولا يطالبان بأداء عبادات الاسلام ، لعدم التزامهما بها اصلا ، ووقع الشك في وجوبها على أحدهما بعينه ، فهما مثل رجلين سمعنا من احدهما صوتا من الدبر ينقض الوضوء ، وانكرا حدوثه منهما لا يلزم احدهما الوضوء ، ويحكم في الظاهر بصحة صلاة كل منهما ، مع أن احدهما صلاته باطلة في نفس الوقت ، ومثل مالو رأى رجلان طائرا ، فقال الاول : ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتي طالق ، وقال الثاني : ان لم يكن غرابا فامرأتي طالق ، فطار ، ولم يعرف ، فلا تطلق زوجة كل منهما ، للبقاء على الاصل .

وتكون نفقه كل من الولدين ومؤنتهما في مال كل ولد منهما ان كان له مال ، وان لم يكن لهما مال : فيكون على الاب المسلم نفقة ابن بشرطة ، ويكون في بيت المال نفقه اخره وهو اليهودي ، بشرط كونة ذميا ، وشرطه ان لا يوجد احد من أصوله ممن تلزمه نفقه القريب .

ولو مات احد من اقارب الكافر ، او من أقارب المسلم ، يوقف نصيب كل من الابنين ، حتى يتبين حال كل منهما ، او يقع اصطلاح .

وان مات الولدان او احدهما ، يوقف ماله ايضا حتى يتبين الحال .

وان مات احدهما قبل البلوغ غسل ، وصلى عليه، ودفـــن بين مقابر المسلمين واليهود ، وان مات بعد البلوغ والامتناع عـن الاسلام يجوز غسلـه ، ولاتجوز الصلاة عليه، لانه اما أن يكون يهوديـا أو مرتـدا .

ولايصح نكاح واحد منهما ، لاحتمال أن يكون يهوديا او مرتدا ، فلا يصح نكاحـه ، مثل الخنثى المشكـل .

٥) قاعـدة

(((الاصل في كل حدث تقديرة بأقرب زمـن)))

معنى التقدير لغـة : قدر الشئ : أي بلغة، ويقـال : قدر فلان الامر أي دبـره ، وفكر في تسويته، وتمهل في تهيئتـه ، ويقال : قدر له الشئ : تهيأ لـه .(١)

وقد سبق بيان معنى الاصل وأنه اساس الشئ الذي ينبـى عليـه .

---

(١) ينظر مختار الصحاح باب القاف (قدر) والمصباح المنيـر القاف والدال ومايثلثهما (قدر) ، والمعجم الوجيز حـرف القاف (قدر) .

معنى القاعدة : انه اذا حدث خلاف فى الزمن الذى حدث فيه امر من الأمور ، فانه ينسب ويضاف الى اقرب الاوقات الى الحال ، ما لم تثبت نسبته الى زمن اخر أبعد منه ، فاذا ثبتت نسبته الى الزمن البعيد ، فانه ينسب ويضاف اليه ، ولا ينسب الى الزمن القريب.

وهذا اذا لم يكن الخلاف فى الحدوث ذاته ، بأن تم الاتفاق على الحدوث ، وكان الاختلاف فى تاريخ حدوثه ، بأن وقع الخلاف فى اصل الحدوث وزمن حدوثه ، كما اذا كان شخص له مسيل يمر فى ملك غيره ، واختلفا ، فادعى صاحب الملك ان هذا المسيل حادث ، وطلب ازالته ، وادعى صاحب المسيل انه قديم ، فيكون القول قول من يدعى القدم ، وتكون البينة لمن يدعى الحدوث ، فان أقام كل منهما بينة فتكون البينة لمن يدعى الحدوث ، وهو صاحب الدار ، لان بينته تثبت ولاية النقض ، فكانت هى الاولى ، اما مدعى القدم فهو ينكر ومتمسك بالاصل .

وانما كان الاصل اضافة الحادث الى أقرب اوقاته ، لان الخصمين قد اتفقا على حدوثه ، الا أن الخلاف بينهما فى وقت الحدوث ، فادعى احدهما حدوثه فى وقت ، وادعى الاخر حدوثه قبل هذا الوقت ، وبهذا يتم اتفاقهما على أنه موجود فى الوقت القريب ، وانفرد احدهما بدعوى انه كان موجودا قبل ذلك ، وأنكر الاخر دعواه ، والقول قول المنكر .

والعمل بهذه القاعدة مقيد بأن لايؤدى الى نقض ماهو مقرر وثابت، لان الحكم باسناد حدوثها لاقرب ماظهر انما ثبت باستصحاب الحال ، ولم يثبت بدليل ، وهذا لايصلح ان ينقض ماهو ثابت، لان الظاهر لايصلح أن يكون حجة لابطال ماهو ثابت .

ومن فروعها مايلي :

١) من رأى منيا فى ثوبه، ولم يذكر انه احتلم، يلزمه أن يغتسل على الصحيح ، عند الامام الشافعى ، وتجب عليه اعادة كل صلاة صلاها منذ اخر نومة نامها فيه .

٢) من توضأ من بئر عدة أيام ، وصلى ، ثم وجد فيها فأرة ، لايلزمه قضاء صلاة الا التى يتيقن انه قد صلاها بالماء النجس .

٣) من ضرب بطن امرأة حامل ، فانفصل الحمل من بطنها حيا ، واستمر يعيش مدة لايتألم ، ثم مات ، فلا يضمن الضارب شيئا ، لان الظاهر أن الولد مات بسبب اخر قد حدث .

٤) لو فتح شخص قفصا فيه طائر محبوس ، فطار فى الحال ، يضمنه، لان طيرانه يسند الى فتح القفص ، فان وقف الطائر ، ثم طار بعد ذلك ، فلا يضمن، لان طيرانه حينئذ ينسب الى اختيار الطائر.

٥) لو مرض شخص مرضا مخوفا ، فتبرع بمال ، ثم قتله شخص اخر ، أو غرق ، أو سقط من سطح فمات ، فان تبرعه يكون من ثلث ماله ، مثل ما اذا مات بهذا المرض .

٦) لو ضرب شخص يد غيره ، فتورمت ، وسقطت بعد أيام ، وجب القصاص ، وكذلك لو ضربه او جرحه ، وتألم من الضرب أو الجرح حتى مات وجب القصاص ايضا .

٦) قاعدة

(((الاصل في الاشياء الاباحة حتى يدل الدليل على التحريم)))

معنى القاعدة : أن كل شئ يكون مباحا ، مالم يثبت نهي عنه يدل على تحريمه ، فيكون كل شئ مباحا مالم يرد فيه تحريم بدليل لايعارض له ، ولايحتمل التأويل ، فاذا ثبت دليل تحريمه يكون محرما ، ومالم يعلم فيه تحريم يجرى عليه حكم الحل ، فيكون حلالا .

فهذه القاعدة ترد في موضوعان الحظر والاباحة ، وقد جاءت على مذهب الامام الشافعي ، اما عند الامام أبي حنيفة فعلى العكس ، وهو أن (الاصل في الاشياء التحريم حتى يدل الدليل على الاباحة) .

والخلاف بين المذهبين يظهر أثره في حكم الشيء المسكوت عنه ، الذي لم يرد فيه دليل يفيد التحليل او التحريم ، فعلى مذهب الامام الشافعي يكون مباحا ، لعدم ورود دليل بتحريمه ، والاصل في الاشياء الاباحة حتى يرد الدليل على التحريم ، وعلى مذهب الامام أبي حنيفة يكون محرما ، لعدم ورود دليل يدل على اباحته ، والاصل في الاشياء التحريم حتى يدل الدليل على الاباحة .

أدلة القاعدة عند الشافعية :

استدل الشافعية على هذه القاعدة بأدلة منها مايلي :

أولا : قوله الرسول (ص) : (ما أحل الله فهو حلال ، وماحرم فهو حرام ، وماسكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته ، فان الله لم يكن لينسى شيئا) (١) وهذا الحديث يدل على أن مانزل دليل بحله فهو حلال ، ومانزل دليل بتحريمه فهو حرام ، ومالم ينزل دليل بحله ولاحرمته ، فهو مسكوت عنه ، ويكون عفوا ومباحا ، رحمة من الله تعالى بعباده ، لأنه لو أراد تحريمه لأنزل الدليل على تحريمه ، لأنه سبحانه تنزه عن النسيان .

---

(١) رواه البزار والطبراني من حديث أبي الدرداء بسند حسن .

ثانيا : قول الرسول (ص) : (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان ، فلا تبحثوا عنها) .

وفى لفظ آخر : (... وسكت عن كثير من غير نسيان ، فلا تتكلفوها ، رحمة لكم ، فاقبلوها) . (١)

ثالثا : ماروى عنه (ص) : (أنه سئل عن الجبن والسمن والفراء ، فقال : الحلال ما أحل الله فى كتابه ، والحرام ما حرم الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا الله عنه) . (٢)

فروع القاعدة :

يتفرع على هذه القاعدة كثير من المسائل ، منها مايلى :

١) الحيوان المشكل أمره مابين الحل والحرمة ، قيل يحله ، وقيل بحرمته ، والأصح أنه حلال ، كما قال الرافعى .

٢) النبات مجهول الاسم ، قال المتولى : يحرم أكله ، وقال النووى : يحل أكله ، لان هذا هو الأقرب المحكى عن الشافعى .

---

(١) رواه الطبرانى من حديث ابى ثعلبه .
(٢) رواه الترمذى وابن ماجة من حديث سلمان ، وللحديث عدة طرق أخرى .

٣) لو وجد شخص ماء في نهره ولم يعرف هل هو ملك خاص لغيره ، فلا يحل له استعماله ، أو مباح لا يملكه أحد ، فيحل له استعماله ، ففيه الوجهان ، كما حكى الماوردي ، بناء على أن الاصل هل هو الإباحة أو الحظر .

٤) لو كان شخص يملك برجا فدخل فيه حمام ، وشك في كونه مملوكا لغيره فلا يحل له ، أو مباحا ليس مملوكا لأحد ، فيحل له ، فقد جزم صاحب الروضة بأنه يكون أولى به ، وصح له أن يتصرف فيه ، لان الاصل في الاشياء الاباحة .

٥) لو شك شخص في الضبة [1] التي بالاناء ، وكانت من الذهب أو الفضة ، هل هي صغيرة فيحل استعماله ، أو كبيرة فيحرم استعماله ، فانه يحل له استعماله ، لان الاصل هو الاباحة ، كما في شرح المهذب .

٦) وقد اختلف العلماء في حكم اكل لحم الزرافة ، فاختار السبكي حل أكلها ، لان الاصل هو الاباحة ما لم يرد ما يحرمها ، ولانها ليس لها ناب كاسر ، فلا تقع تحت أدلة التحريم ، وبهذا أفتى القاضي الحسين والغزالي ، وابن القطان في فروعه ، وهو المنقول عن الامام أحمد .

---

(1) الضبة هي : ما يتم به رأب الصدع بالاناء من حديد أو نحاس أو الفضة أو الذهب .

وأكثر الشافعية لم يتعرضوا لبيان حكمها بالحل ولا بالحرمة ، وجزم الشيخ في التنبيه بتحريمها وقال صاحب شرح المهذب أن الاتفاق على تحريمه ، وبهذا قال أبو الخطاب من الحنابلة .

اما الاحناف والمالكية فلم يذكر حكمها أحد منهم ، الا أن قواعدهم تقتضي حلها .

٧) قاعدة

(((الاصل في الابضاع التحريم)))

الابضاع جمع بضع ، وهو الفرج او الجماع ، وجمعه أبضاع وبضوع ، ويقال : باضعها بضاعا أي باشرها ، وملك بضعها أي تزوجها .(١)

معنى القاعدة :

أن كل فرج يكون محرما حتى يثبت سبب الحل ، واذا تردد الامر في امرأة بين أن يكون محرمة او حلالا ، تغلبت فيها الحرمة ، فان اختلطت امرأة محرمة بعدد من النساء محصورات في قرية ،

---

(١) ينظر المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني - كتاب الباء الباء مع الضاد (بضع) ، والمصباح المنير الباء مع الضاد وما يثلثهما (بضع) ، والمعجم الوجيز - حرف العين (البضع) .

يمتنع الاجتهاد ، لان الاصل فيهن التحريم وليس الاباحة ، حتــى يتأيد الاجتهاد باستصحابه ، الا اذا كن غير محصورات ، فيجـوز النكاح رخصة من الله تعالى ، حتى لايغلق امامه باب النكاح ، كـما صرح به الخطابي .

ومن فروع هذه القاعدة مايلي :

١) لو وكل رجل شخصا في شراء جاريـة ، وحدد لـه صفاتها ، فاشترى الوكيل جاريـة على نفس الصفات السابقة ، لكنـه مات قبل ان يسلمها للموكل ، لايحل للموكل أن يطأها ، لاحتمال ان الوكيل قد اشتراها لنفسه ، مع أن الظاهر أنها تحـل ، لان الوكيل قد اشتراها بالصفات التي حددها الموكل ، لان الاصل هو التحريم ، حتى يتحقق سبب الحل ، كما قال الغزالي فـي الاحياء .

٢) الزاري ، وهن الجواري المملوكات اللاتي يجلبـن من الروم والهند والترك اليوم يحرم وطؤهـن ، الا اذا أقـام الامام من يقسم المغانـم ، ويحسن قسمتها بدون ظلـم ، او تحصـل القسمة عن طريق محكم ، او تعتق فيزوجهـا القاضي او المعتق ، والاحتياط اجتنابهن ، سواء كن مملوكـات او حرائر ، كما ذكره الشيخ محمد في التبصرة .

وقال السبكي : لا شك ان ماقاله هو الورع ، واما الحكم اللازم فاما أن يجهل حال الجارية أو يعلم ، فان جهل حالها ، فــان كانت صغيرة يكون الرجوع الى اليد في ظاهر الشرع ، وان كــانت كبيرة فيكون الرجوع الى اليد واقرارها ، لأن اليد حجة شرعية مثــل الاقرار : اما أن كان حالها معلوما فهي أنواع كما يلــي :

أولا : من تحقق اسلامها في بلادها ، ولم تسترق قبــل ذلك ، فلا تحل مطلقا ، وحرمتها قطعيــة الا بعقد نكــاح صحيح بشروطه .

ثانيا : من كانت كافرة ، ولها عهد وذمة ، وحكمها مثــل السابقة ، وحرمتها قطعية ايضا .

ثالثا : من كانت كافرة من أهل الحرب ومملوكة لكافر حربــي أو غيره ، فباعها ، تحل لمشتريها ، وحلها قطعي .

رابعا : من كانت كافرة من أهل الحرب قهرها مع سيدهــا كافر اخر ، يملكها ، ويبيعها لمن يشاء ، وتحل لمشتريهـــا ، وحلها قطعي .

خامسا : من كانت كافرة من أهل الحرب ، ولم تسترق ، وأخذها مسلم ، وهذه على أقسام هــي :

١) ان يأخذها جيش للمسلمين بايجاف خيل او ركاب ، وتكون غنيمة اربعة أخماسها للغانمين والخمس لاهل الخمس باتفاق ، ومن قال بأن حكم الفيء والغنيمة يرجع لرأي الامام، يفعل به مايشاء من المصلحة، فقد أخطأ .

٢) أن ينجلي عنها الكفار بغير ايجاف من المسلمين ، أو يموت عنها من لاوارث له من أهل الكتاب، ونحو هذا ، فتكون فيئا ، يصرف لاهله ، فالجارية التي توجد من غنيمة أو فيء لاتحل ، حتى يتم تملكها لمن يستحقها من أهل الغنيمة أو الفيء ، او من المتولي عليهم ، أو الوكيل عنهم ، أو ممن انتقل الملك اليهم من جهتهم ، ولو بقي فيها جزء مهما قل لم يملك لاتحل ، حتى يتملكه ممن هو له .

٣) أن يكون الواحد أو الاثنان متلصصين ، وليسا على هيئة الغزاة ، فقيل : اذا دخلوا وأخذوا شيئا يخمس ما أخذوه على الصحيح ، لانهما غزوا بأنفسهما ، فكانوا كالمقاتلين ، فلم ينقطعوا عن معنى الغزو في الجملة .

وقيل : لايخمس على المشهور ، ومن أخذ شيئا يختص به ، لان مال الكفار اما أن يكون غنيمة او فيئا او غيرهما كالسرقة ونحوها ، وأن من يأخذه ، يتملكه ، قياسا على سائر المباحات ، وبهذا قال الاحناف والغزالي .

وقال البغوي : اذا أخذ شخص من حربي شيئا على وجه السوم ، فجحده ، أو هرب به ، فانه يختص به ويملكه . وهذا الكلام فيه نظره لانه قد ائتمنه ، فيجب عليه أن يرده .

وقال أبو اسحاق : مايؤخذ من الحربي على سبيل الاختلاس يكون فيئا .

وقال الماوردي : يكون غنيمة ، ويوافق الماوردي الاكثرون .

وماقاله ابو اسحاق يوافق الاكثرون ان أراد بالفيء الغنيمة ، والا فهو بخالفهم ، وقوله بأن ينزع المال من المختلس ، ويعطى كله لغيره من المقاتلة وأهل الخمس قول بعيد .

٨) قاعدة

(((الاصل في الكلام الحقيقة)))

الحقيقة لغة : هي الشيء الثابت يقينا .

واصطلاحا : هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح التخاطب ، وهي خلاف المجاز .

والمجاز : هو استعمال اللفظ في غير دلالته الموضوع لها ، لوجود قرينة .

معنى القاعدة : أن كل كلام يحمل على الحقيقة الموضوعة له، لانها هي الاصل ، ولا يحمل على المجاز ، لانه فرع عنها ، ما لم توجد قرينة ترجح العمل بالمجاز، او يتعذر العمل بالحقيقة، فيحمل الكلام على المجاز .

فاذا تساوى المعنيان في الاستعمال للفظ، ولم يتعذر استعمال الحقيقة ، ولم يوجد ما يرجح استعمال المجاز، ينصرف اللفظ الى المعنى الحقيقي ، لا يحمل على المجازي ، وهذا هو الاصل .

يدخل في هذه القاعدة فروع ، منها :

١) اذا وقف شخص مالا على أولاده ، أو أوصى به لهم ، فينصرف لفظ الاولاد على أولاده الصلبيين ، ولا يدخل فيهم أولاد ولده على الاصح ، لان اسم الولد في الحقيقة هو ولد الصلب ، وفي وجه يدخل منهم ولد الولد ، حملا على الحقيقة والمجاز معا .

٢) اذا حلف شخص أن لا يبيع شيئا ، او لا يشتري شيئا ، أو نحو ذلك ، فوكل شخصا آخر في فعل شئ من ذلك ، ففعله الوكيل ، فلا يحنث الحالف ، حملا للفظ البيع أو الشراء ونحوهما على الحقيقة ، لان الاصل ان يتولى البيع او الشراء ونحوهما بنفسه ، وقيل : اذا كان الحالف ممن لا يتولى بنفسه البيع أو الشراء ، مثل السلطان ، أو كان الشئ المحلوف عليه غير معتاد للحالف ،

بأن كان لايتولاه لعدم معرفته له كالبناء ونحوه ، فانه يحنث اذا أمر غيره بفعله ففعله ، لتعذر العمل بالحقيقة .

٣) لو حلف لايبيع اولا يشترى او لايستأجر ونحو ذلك - كما سبق - ثم باع او اشترى أو استأجر ، لايحنث الا بالعقد الصحيح فقط ، ولايحنث اذا كان العقد فاسدا ، لان الحقائق الشرعية لاتتعلق الا بالصحيح ، ولاتتعلق بالفاسد .

٤) لو أوقف مالا على حفاظ القرآن الكريم ، لايدخل معهم من كان حافظا ونسيه ، لانه ليس حافظا ، ولايعتبر حافظا الا باعتبار ماكان ، وهذا مجاز ، والاصل العمل بالحقيقة .

٥) لو وقف مالا على ورثة شخص لم يمت ، بأن يقول مثلا : وقفت على ورثة زيد ، وزيد حى ، لايصح الوقف ، لان الحى لاورثة له ، وقيل : يصح الوقف ، حملا للفظ على المجاز ، أى ورثته لو مات .

٦) لو قال شخص : هذه الدار لزيد ، كان هذا اقرارا منه بالملك لزيد ، فلو قال بعد ذلك : أردت أن تكون مسكنا له ، لايسمع له .

٧) لو حلف شخص لايدخل دار زيد ، فانه يحنث اذا دخل الدار التى يملكها زيد ، ولايحنث اذا دخل الدار التى يسكنها باجارة أو اعارة ، وليست ملكا له ، لان اضافتها اليه مجاز ، الا اذا كان يريد مسكنة الذى يسكن فيه .

فاذا حلف لايدخل مسكن زيد لايحنث بدخول دار زيد التي يملكها لكن لايسكنها في الاصح ، لانها ليست مسكنه في الحقيقة .

٨) لو حلف شخص لايأكل من هذه الشاه ، يحنث اذا أكل من لحمها ، لانه الحقيقة ، ولايحنث اذا تناول لبنها ، أو أكل شيئا من نتاجها ، لانه مجاز .

فاذا ترك العمل بالحقيقة، تعين العمل بالمجاز ، لرجحانه، مثل أن يحلف على أن لايأكل من هذه الشجرة ، فأكل من ثمارها يحنث، مع انه مجازه ولايحنث اذا أكل من أوراقها وأغصانها ، مع أنها الحقيقة .

((تنبيه))

قد يشكل على هذه القاعدة هذه المسألة : إذا حلف شخص لايصلي ، فمتى يحنث في يمينه ، قيل : يحنث بتكبيرة الاحرام ، وهذا هو الاصح عند صاحب الروضة ، وقيل: لايحنث الا بالفراغ من الصلاة ، لانها قد تفسد قبل انتهائها منها ، فلا تكون صلاة في الحقيقة ، ولايعتبر مصليا ، وهذا هو قياس القاعدة ، وقيل : لايحنث حتى يركع ، لانه حينئذ يكون قد أتى بالمعظم الذي يحل محل الجميع ، وقد حكى الرافعي هذه الاوجه ، ولم يرجح منها شيئا .

تعارض الاصل والظاهـــــر

قال بعض متأخرى الخراسانيين : ان كل مسألة تعــارض فيها أصل وظاهر ، أو اصلان ، ففيها قولان .

قال النووى : هذا القول ليس على ظاهره ، لان بعـــض المسائل يعمل فيها بالظاهر بلا خلاف ، مثل : شهادة العدلين ، فهى تفيد الظن ، ويعمل بها بالاجماع ، ولاينظر الى اصل بـــراءة الذمـة ، وكذلك مسألة بول الظبيـة وأمثالهـا ، ويوجد بعـــض المسائل يعمل فيها بالاصـل بالاجماع ، مثل من ظن انه احـدث ، أو ظن انه طلق امرأتـه ، أو أعتق عبـده ، أو هل صلى ثلاثا أو أربعا ، فيعمل بالاصل بالاجمـاع .

قال النووى : والصواب فى الضابط ما حرره ابن الصلاح بقولـه : اذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر وجب النظر فى الترجيح ، كما فـى حالة تعارض الدليلـين ، فان تردد فى تحديد الراجح منهمـــا فتكون من مسائل القولـين ، وان ترجح دليل الظاهر يحكم بـــه بالاجماع ، وان ترجح دليل اصلى حكم به بالاجماع .

وعلى هذا تكون الاقسام اربعة :

الاول : مايرجح فيه الاصل قطعا ، مثل جميع الفروع المذكورة سابقا ، وضابطة أن يعارضة احتمال مجرد .

الثاني : مايرجح فيه الظاهر قطعا ، وضابطه ان يستند الى سبب نصبه الشارع ، مثل الشهادة ، فهي تعارض الاصل ، وهو براءة الذمة ، والرواية ، واليد في الدعوى ، واخبار الثقة بدخول وقت الصلاة ، أو اخباره بنجاسة الماء ، أو اخبار المرأة بالحيض ، او انقضاء الاقراء ، او يستند الى سبب معروف عادة ، مثل ارض على شط نهر ، الظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء ، فلا يجوز استئجارها .

وقد جوز الرافعي تخريجة على تعارض الاصل والظاهرة .

وقد مثل الزركشي لذلك باستعمال السرجين(1) في أواني الفخار ، فيحكم بالنجاسة قطعا ، ونقله عن الماوردي .

ومثل له ايضا بالماء المنصرف من الحمام ، لان العادة مطردة بالبول فيه ، أو يكون معه مايعتضد به ، كما في مسألة بول الظبية .

---

(1) السرجين والسرقين : كلمة أعجمية ، وهي الروث - ينظر المصباح المنير - كتاب السين - السين مع الباء وما مثلثهما ، سرج - والمعجم الوجيز حرف السين - سرج .

ومنه أيضا : مالو أخذ المحرم بيض دجاجة ، وأحضنهـا جيدا ، ففسد بيض الصيد ، فانه يضمنه ، لان الظاهر أن الفساد قد نشأ من ضم بيض الدجاج الى بيض الصيد .

وهذا بالاتفاق كما قال الرافعي .

<u>الثالث</u> : مايرجح فيه الاصل على الاصح ، وضابطه : ان يستند الاحتمال الى سبب ضعيف ، وله امثلة لانهاية لها ، وفي كل منهـا قولان ، أصحهما الحكم بالطهارة استصحابا للاصل ، ومنها مايلي :

١) الشئ الذى لم تتيقن نجاسته ، لكن الغالب فيـه النجاسة ، مثل أواني وثياب مدمني الخمر والقصابين والكفار المتدينين بها كالمجوس ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم التحرز منهـا ، سواء كان مسلما أو كافرا ، عند الامام الشافعي كما رواه شـرح المهذب ، وطين الشارع ، والمقابر المنبوشة التى لاتتيقن نجاستها ، بأن جرى النبش في أطرافهـا ، فيغلب على الظن أن النجاسـة منتشرة فيهـا .

٢) مالو أدخل الكلب رأسه في اناء به ماء وأخرجه وفمـه رطب ، ولم يعلم ولوغه ، فلا يحكم بنجاسته على الاصح ، فان أخـرج فمه يابسـا فيكون طاهر قطعا .

٣) لوسقط فأر في بئر ، وأخذ شخص منها دلوا قبل نزح البئر الى الحد المعتبر ، وغلب على الظن عدم خلوه من شعره لكن لم يره ، ففيه القولان ، والاظهر أنه يكون طاهرا .

٤) اذا تنحنح الامام ، وظهر منه حرفان ، فهل يلزم المأموم المفارقة ، أم لا ، لان الظاهر الغالب يقتضي بطلان الصلاة ، فتبطل ، أو لان الاصل بقاء صلاة الامام ، لوجود عذر في التنحنح فلا تبطل ، فحصل الشك ، فلا يزال الاصل الا بيقين ، والاصح انها لاتبطل .

٥) لو امتشط المحرم ، فانفصلت شعرات من لحيته ، فهل تلزمه فدية ؟ الاصح : لاتلزمه فدية ، حيث لم يتحقق منه النتف ، والاصل براءة الذمة ، وقيل : تجب الفدية ، لان المشط سبب ظاهر لنزول الشعر ، فيضاف اليه ، مثل اضافة اجهاض الحامل الى الضرب .

٦) ـ لو رأت الحامل دما ، هل يكون دم حيض أم لا ؟ الاصح أنه يكون دم حيض ، لتردده بين أن يكون دما ناشئا عن علة ، أو دم جبلة وطبيعة وخلقة ، والاصل حمله على السلامة .

وقيل : لايكون دم حيض ، لان الغالب في الحامل انها لاتحيض .

٧) لو قذف رجل شخصا مجهول الحال ، وادعى انـــه رقيق ، وادعى المقذوف انه حـر ، فالاصح : ان القول قول القاذف ، لان الاصل براءة ذمتـــه .

وقيـل : القول قول المقذوف ، لان الظاهر فيه الحريـة ، لانها الغالب فى سائـــر الناس .

٨) لو اختلى الزوج بزوجته ، وادعت الزوجة انه قـــــد اصابها ، وأنكر الزوج الاصابة ، الاصح : تصديق الزوج المنكــــــر ، لان الاصل عدم الاصابـة .

وقيل : تصدق الزوجة التى تدعى الاصابة ، لان الظاهـــر من الخلوة الاصابة غالبـــا .

٩) لو اختلف الزوجان الوثنيـان قبل الدخول ، فقـــال الزوج : اسلمنا معــا ، فنكاحنا باق ، وأنكرت الزوجة ذلك ، فالاظهر أن يكون القول قوله ، لان الاصل بقـاء النكاح .

وقيل : يكون القول قولها ، لان تساويهما فى وقت الاســــــلام نادر ، والظاهر خلافه .

١٠) اذا ادعى المدين الاعسار فى غير مقابلة مال ، فالاصح : ان القول قوله ، لان الاصل هو العدم ، وقيل : لايكون القول لـــه ، لان الظاهر أن كل حر لابد وأن يملك شيئا من المال .

١١) اذا غصب شخص شيئا كحيوان ونحوه ، ثم ادعى ان به عيبا خلقيا ، بأن يقول : ولد أكمه ، أو أعرج ، أو فاقد أحد أطرافه ، فالاصح : ان يكون القول قوله ، لان الاصل العدم ، ويمكن ان يقيم المالك البينة على خلاف ذلك .

وقيل : القول قول المالك ، لان الغالب السلامة .

اما لو ادعى الغاصب عيبا حادثا فان الامر يكون عكس ما سبق ، والاظهر تصديق المالك ، لان الاصل والغالب دوام السلامة .

وقيل : يصدق الغاصب ، لان الاصل براءة الذمة ، فقد تعارض اصلان في هذه الصورة ، واعتضد أحدهما وتقوى بظاهره .

ونظير ذلك مالو جنى شخص على أحد اطراف غيره ، وزعم نقصه ، فان كان هذا العضو ظاهرا ، وادعى فيه عيبا خلقيا ، فالاظهر أن يصدق الجاني ، لان الاصل العدم ، وبراءة الذمة ، ويمكن المالك ان يقيم البينة . اما ان كان قد أدعى عيبا حادثا أو أصليا في عضو باطن غير ظاهر ، فالاظهر أن يصدق المجني عليه ، لان الاصل السلامة .

١٢) لو غصب شخص عبدا ، وادعى مالكه انه كان كاتبا ، وأنكر الغاصب صدق الغاصب ، لان الاصل العدم ، وبراءة الذمة مما زاد .

وقيل : يصدق المالك ، لان الغالب أن صفات العبـــــد لايعرفها الا سيده .

١٣) لو أقر شخص لمن يولد لمثله بقوله : هذا ولدى مـــن جاريتى هذه ، فانه يلحقه عند الامكان ، ورجح الرافعى ان لايثبت كون الجارية ام ولد ، لاحتمال انه قد ولدته منه بالزوجية .

وقيـل : يثبت كون الجارية ام ولد ، لانه الظاهر ، فيهمـا قولان تقابل فيهما الاصل والظاهر .

١٤) لو قال الراهن للمرتهن : انني قد أعرتك العيـــن ، ولم تقبضها عن الرهـن ، فالاصح أن القول قوله ، لان الاصـــل عدم الاذن في القبض وعدم اللزوم .

وقيـل : القول قول المرتهن ، لان الظاهر أنه قد قبـــض العين عن الرهن .

١٥) لو حضر البائع والمشترى معا ، فقال احدهما : لـــم أفارقه ، على خيار المجلس ، فيكون القول قوله مطلقا لان الاصــل عدم التفرق ، وقال الرافعى وابن الرفعـة : ليس هذا مطلقـا ، بل يكون القول قوله اذا كانت المدة قصيرة ، اما اذا طالـت المدة فيكون دوام الاجماع خلاف الظاهر ، فلا يبعد تخريجه علـى تعارض الاصل والظاهـر .

١٦) وضع شخص العصير في الدن ، وهو الوعاء الضخم ، وأحكم غطاءه ، ثم حلف أنه لم يستحل خمرا ، ولم يفتح غطاءه مدة ، ولما فتحه وجده خلا ، قيل : لا يحنث ، لان الاصل عدم الاستحالة ، وعدم الحنث ، وقيل : يحنث اذا كان ظاهر الحال صيرورته خمرا وقت الحلف ، والا فلا يحنث .

١٧) لو جرح المحرم صيدا ، وغاب الصيد ، ولم يعلم هل شفي ام مات ؟ فالمذهب ان يكون عليه ما نقص ، لان الاصل براءة ذمته من الزائد .

وقيل : يكون عليه الجزاء كاملا ، لانه قد صيره غير ممتنع ، والظاهر بقاؤه على هذه الحالة .

أما لو غاب ، ووجده ميتا ، ولم يعلم موته بالجرح او بغيره ، فالاصح أن عليه ضمان الجرح فقط ، وقيل : يجب عليه جزاء كامل .

ونظيره في مسألة الظبية : ان لا يرى الماء عقب البول ، بل تغيب ، ثم يجده متغيرا ، فانه لا يحكم بأن التغير عن البول .

ونظيرة كذلك : لو جرح الصائد الصيد ، وغاب ، ثم وجده ميتا ، فانه لا يحل في الاظهر .

١٨) أراد شخص رمي الجمار في الحج ، فرمى حصاة الى المرمى ، وشك هل وقعت فيه ام لا ؟ الاصح : انها لاتجزىء ، لان الاصل عدم الوقوع فيه ، وبقاء الرمي عليه .

وقيل : تجزىء ، لان الظاهر وقوعها في المرمى .

الرابع : ماترجح فيه الظاهر على الاصل ، بأن كان سببا قويا منضبطا ، ومنه مايلى :

١) من انتهى من أداء الصلاة أو غيرها من العبادات ، ثم شك في أنه ترك ركنا منها غير النية ، فلا يؤثر على المشهور ، لان الظاهر انتهاء العبادة على الصحة ، وقيل : ان الاصل عدم فعله .

ومثال هذا في الصلاة مالو قرأ الفاتحة ، ثم شك بعد الفراغ منها في حرف او كلمة ، فلا يؤثر ، كما قال الجويني .

ومثله مالو استجمر ، وشك ، هل استعمل حجرين او ثلاثة احجار ، كما قال البغوي .

ومثله ما لو غسل شيئا نجسا ، وشك بعد ذلك هل استوعبه بالغسل ام لا ؟ كما قال الزركشي .

٢) لو اختلف المتعاقدان في صحة العقد وفساده ، فالاصح أن يصدق من يدعي الصحة ، لان الظاهر أن تجري العقود بين المسلمين على مقتضى الشرع .

وقيل : يصدق من يدعي الفساد ، لان الاصل عدم وجود الصحة .

٣) لو جاء من يريد الصلاة من قدام الامام ، واقتدى به ، وشك ، هل تقدم عليه ؟ فالاصح أن يكون الاقتداء صحيحا ، لعدم تيقن التقدم .

وقيل : لايكون الاقتداء صحيحا ، بل يفسد ، لان الاصل عدم تأخره عن الامام .

٤) لو وكل رجل شخصا بأن يزوج ابنته ، ثم مات الموكل ، وجهلنا تاريخ موته ، وهل مات قبل العقد او بعد تمامه ، فالاصل عدم النكاح ، وهو ما صححه الروياني .

وقال القاضي حسين : الاصح ان يكون النكاح صحيحا ، لأن الظاهر بقاء حياة الموكل .

٥) لو قتل شخص رجلا ، وادعى الجاني ان المقتول رقيق ، وأنكر قريب المجني عليه ، فالاصح ان يصدق القريب ، لان الظاهر الغالب الحرية .

٦) لو شهد رجل في واقعة ، وثبتت عدالته ، ثم مضى زمان طويل ، ثم شهد في واقعة أخرى ، فالاصح ان يطلب تعديله مرة أخرى ، لان مرور الزمن الطويل يكون سببا في تغيير الاحوال .

وقيل : لايطلب تعديله مرة ثانية ، لان الاصل عدم تغيير حاله بعد أن ثبتت عدالته .

٧) اذا جامعها زوجها ، فقضت شهوتها ، ثم اغتسلت ، ثم خرج منها منى الزوج ، فالاصح انه يجب عليها ان تعيد الغسل ، لان الظاهر أن منيهـا قد خرج مع منى الزوج .

وقيل : لايجب عليها اعادة الغسل ، لان الاصل عدم خروجه .

٨) لو قال مالك الدابة لمن اخذها منه ليركبها : قد أجرتك الدابة ، وقال الراكب : بل قد أعرتها لى ، فالاصح أن يصدق المالك ، اذا كانت قد مضت مدة يمكن تقدير أجرة لمثلها ، والدابة باقية ، لان الظاهر يقتضى تصديقه في الاذن ، فكذلك يصدق في صفة الاذن .

وقيل : يصدق الراكب ، لان الاصل براءة ذمته من الاجرة .

٩) لو القى رجل شخصا في الماء او في النار ، فمات ، وقال الملقى : انه كان يمكنه الخروج من الماء أو النار بعد أن القاه فيها ، وأنكر هذا ولى الميت ، فالاصح ان يصدق الولى ، لان الظاهر أنه لو تمكن من الخروج لخرج ، وهذا ماقال به النووى .

وقيل : يصدق الملتمس ، لان الاصل براءة ذمته .

٥) اذا رأت المرأة الدم في وقت يحتمل ان يكون حيضا ، فانها تمسك عما تمسك عنه الحائض ، لان الظاهر أنه حيض .

وقيل : لا ، لان الاصل عدم الحيض .

فصل في تعارض الاصلين

لايقصد بتعارض الاصلين تقابلهما على درجة واحدة من الترجيح ، لان هذا يكون تناقضا ، وانما يقصد بالتعارض مايبدو للناظر عند ابتداء نظره من تساوي الاصلين ، فاذا دقق نظرة ، وأعمل فكره رجح ، اما بالجزم بأحد الاصلين ، واما باجراء الخلاف بينهما ، وترجيح مايعضده الظاهر أو غيره .

قال ابن الرفعة : ولو كان في جهة اصل ، وفي جهة اصلان ، لايجرى الخلاف ، وانما يجزم لذى الاصلين .

ومن فروع ذلك مايلى :

١) اذا ادعى الزوج العنين انه قد وطأ زوجته في المدة وهو سليم الذكر والانثيين ، فالقول يكون قوله قطعا ، مع أن الاصل عدم الوطء ، لان الاصل بقاء النكاح ، ويقويه الظاهر .

وهو أن من يكون سليم الذكر والانثيين لايكون عنينا في الغالب، فلو كان خصيا او مجبوبا يكون على قولين أصحهما ان يصدق الزوج ايضا ، لعسر اقامة البينة على الوطء ، فكان الظاهر الرجوع الى قوله.

فلو ثبت بكارتها فانها تصدق قطعا ، لان احد الاصليين قد تقوى بظاهر قوى .

٢) بعد أن طلق الزوج زوجته قالت: طلبت منك أن تطلقني مقابل عوض ، فطلقتني على العوض متصلا ، فأنا بائن منك ، وقال : بل قد طلقتك بعد الفصل الطويل ، فيكون لي الرجعة ، فيصدق الزوج ، وقال السبكي : ولم يخرجوه على تقابل الاصلين .

٣) باع شخص شجرة لاخر ، وقال البائع للمشتري : قد بعت لك الشجرة بعد تأبيرها ، فتكون ثمرتها لي ، وأنكر المشتري ذلك ، يصدق البائع ، لان الاصل بقاء ملكه ، كما جزم صاحب الروضة .

٤) باع شخص لاخر ماشية ، واختلفا في ولدها بعد أن تم البيع ، فقال البائع : قد تمت ولادته قبل العقد ، فيكون ملكا لي ، وقال المشتري : بل تم وضعه بعد العقد ، فقال الدارمي : هي على وجهين ، وقال أبو حامد : ان القول يكون للبائع ، لان الاصل بقاء ملكه فيه .

٥) كاتب السيد امة ، واختلف معها في ولد ها ، فقالت: قد ولد ته بعد الكتابة ، فهو مكاتب مثلي ، وقال السيد : بل تمت ولاد ته قبل الكتابة ، فلا يكون مكاتبا مثلك ، يصدق السيد ، كما قال البغوي والرافعي ؟.

ولو زوج السيد امته بعبده ، ، وباعها له ، وولد ت وقد كاتب السيد عبده ، واختلف السيد مع المكاتب في الولد ، فقال السيد : قد ولد ته قبل الكتابة ، فهو لي ، وقال المكاتب : بل ولد ته بعد أن اشتريتها ، فيكون مكاتبا ، يصدق المكاتب ، كما قال البغوي والرافعي ، وقالا : ان الفرق بين المسألتين ان المكاتب في المسألة الثانية يدعي انه يملك الولد ، لانه ولد امته ، فيكون ملكا له ، واستقرار يده على الولد دليل على الملكية ، والمكاتب لا يدعي الملك ، بل يدعي ثبوت حكم الكتابة في الولد .

٦) لو وقعت نجاسة في الماء ، وشك شخص في قدر هذا الماء ، هل يبلغ قلتين أو أقل ، قيل : يتنجس ، لتحقق النجاسة ، ولان الاصل عدم الكثرة ، وبلوغ القلتين شرطه والاصل عدمه ، ولا يصح الاستصحاب عند من يقول به ، الا بعد القطع بوجود المنافي .

وقد جزم بهذا الرأي ورجحه صاحب كتاب الحاوي والشيخ زين الدين الكيناني والبلقيني .

وقيل : لاينجس الماء ، لان الاصل الطهارة ، وقد حدث الشك في نجاسة منجسة ، ولايلزم من النجاسة التنجيس ، وقد صوب النووي والسبكي هذا القول .

وقد خرج ابن ابي الصيف فرعا على هذه المسألة ، وهو : اذا كان عند شخص قلتان متغيرتان بنجاسة ، ثم غاب عنهما ، ثم عاد ، لاتغيره لكنه شك في بقاء الكثرة ، فقال ابن ابي الصيف : ان قلنا بطهارة الماء في المسألة السابقة ، ففي هذه المسألة تكون الطهارة اولى ، وان قلنا بنجاسة الماء فقولان : لان الاصل بقاء الكثرة .

وقال المحب الطبري معترضا عليه : لاوجه للبناء ولا للخلاف ، لان المسألة السابقة قد تعارض فيها اصلان ، فترتب على هذا القولان ، وفي هذه المسألة الاصل فيها بقاء الكثرة بلا خلاف .

٧) لو أصاب شخص دم البراغيث ، وشك في كونه قليلا أو كثيرا ، ففيها احتمالان عند الامام لتعارض اصلين ، لان الاصل اجتناب النجاسة ، والاصل أن دم البراغيث معفو عنه ، وقد رجح صاحب كتاب الروضة ان يكون له حكم القليل .

٨) لو أدرك المأموم الامام وهو راكع ، وشك ، هل فارق الامام حد الركوع قبل ركوعه ؟

قيل : يكون مدركا للامام في ركوعه ، لان الاصل بقاء ركوعه ، وقيل : لايكون مدركا له ، لان الاصل عدم الادراك ، وهذا القول هو الاصح .

٩) نوى الصيام ، وشك في وقوع نيته قبل الفجر او بعده ، لم يصح صومه ، لان الاصل عدم النية ، وقال النووى : ويحتمل أن يكون فيها وجه اخر ، ان يصح صومه ، لان الاصل بقاء الليل ، مثل من يشك في ادراك الركوع .

١٠) لو تزوج امرأة وجعل صداقها ان يعلمها القرآن الكريم ، وعلمناها تحسنه ، فادعى انه هو الذى علمها ، وقالت : قد علمني غيره ، فقيل : يصدق الزوج ، لان الاصل بقاء الصداق وبراءة ذمته ، والاصح هو القول الثاني : وهو ان تصدق الزوجة .

١١) اذا غاب العبد ، وانقطعت اخباره ، فهل تجب زكاة الفطر على سيده ، قيل : تجب ، لان الاصل بقاء حياته ، ولان الثابت ان ذمة سيده قد شغلت بصدقة الفطر لعبده ، فلا تزال الا بيقين موته ، وهذا القول هو الصحيح ، وقيل : لاتجب عليه صدقة فطر العبد ، لان الاصل براءة ذمة السيد .

وهل يجوز للسيد أن يعتق هذا العبد في كفارة ؟ قولان : والاصح انه لاتجزيه ، لان الاصل ان ذمته مشغولة بالكفارة فلا تبرأ منها الا بيقين .

ومثل هذا في أعمال كلا من الاصلين اذا أدخل رجله في الخف ، وأحدث قبل وصول القدم الى مستقرها ، لايجوز المسح على الخف ، ولو أخرج رجله الى الساق ، ثم أدخلها ، لايضر ، عملا بالاصل في كل منهما ،

ولو أراد جماعة انشاء قرية لا للسكن ، فلا يجوز اقامة الجمعة بها ، بخلاف مالو كانت قرية قد انهدمت ، وأقام أهلها مكانها لبنائها ، يصح فيها اقامة الجمعة ، عملا بالاصل في الموضعين ،

ولو وجد شخص لحما ملقى ، وشك في كونه مذكى او ميتة ، لايحل له ان يأكله ، ولولاقى شيئا لم ينجسه ، عملا بالاصل في كل منهما ،

١٢) أذن الراهن المرتهن في بيع الرهن ، ورجع ، ثم ادعى الراهن ان رجوعه قبل البيع وادعى المرتهن ان رجوعه كان بعد البيع قولان : لان الاصل عدم البيع ، وعدم الرجوع ، والاصح ان يصدق المرتهن ،

١٣) لو حصل شك في الرضاع ، هل كان في الحولين ام بعدهما قولان : لان الاصل الحل ، فلا يحرم ، والاصل بقاء الحولين ، فيحرم ، والاصح انه لايحرم ،

ولو كان الشك في انه هل رضع خمس رضعات ام أقل ؟ فلا يحرم قطعا ، لان اصل الاباحة لايعارضه اصل اخر .

١٤) لو باع شخص لاخر عصيرا ، وتم القبض ، ووجد المشتري خمرا ، فقال البائع : تخمر عندك ، وقال المشتري : بل تخمر عندك ، فوجد اصلان : عدم التخمر ، وعدم قبض الصحيح ، وقد صحح النووي تصديق البائع ، ترجيحا لاصل استمرار البيع .

ولو كان رهنا مشروطا في بيع يجري فيه هذان القولان .

١٥) لو تم عقد السلم ، وقبض المسلم (المشتري) المسلم فيه (السلعة) فجاء بمعيب ، وقال : هذا هو الذي قبضته ، وأنكر المسلم اليه (البائع) ، فالاصح : تصديق المسلم ، لان الاصل اشتغال ذمة المسلم اليه ، ولم يتيقن البراءة .

وقيل : يصدق المسلم اليه ، لان الاصل السلامة ، واستقرار العقد ، ولهذا يصدق البائع قطعا في حالة ما اذا جاء المشتري بمعيب ، وقال : هذا هو المبيع ، لانه لم يعارضه أصل اشتغال الذمة ، وفارق البائع في حالة البيع المسلم في حالة السلم ، لانهما قد اتفقا على قبض ماورد عليه الشراء ، وتنازعا في سبب الفسخ ، والاصل عدمه ، والثمن المعين كالبيع ، والثمن الذي في الذمة فيه الوجهان في السلم .

١٦) لو رأى المشتري المبيع قبل العقد ، ثم اختلف مع البائع ، فقال المشتري : قد تغير ، وقال البائع : بل هو بحاله ، قيل : يصدق البائع ، لان الاصل عدم التغيير ، والاصح أن يصدق المشتري ، لان البائع يدعي على المشتري انه قد اطلع على المبيع على هذه الصفة ، والمشتري ينكر ذلك .

١٧) اذا استأجر دارا ، وسلمها له الموجر ، ثم ادعى المستأجر انها غصبت ، فالاصح ان القول قول الموجر ، لان الاصل عدم حدوث الغصب ، وقيل : ان الاصل عدم الانتفاع ، فيكون القول للمستأجر ، والذي يقوى الاصل الاول انه بعد التسليم بقى الاصل وهو وجوب الاجرة عليه حتى يتبين ما يسقطها .

١٨) لو اعطى شخص ثوبا ليخيطه ، فخاطه قباء (ما يلبس فوق الثياب) ، وقال : امرتني بقطعة قباء فقال صاحب الثوب : بل قلت لك تصنعه قميصا ، فالاظهر أن يصدق المالك ، لان الاصل عدم الاذن في ذلك ، وقيل : يصدق المستأجر ، لان الاصل براءة الذمة ، والظاهر انه لا يتجاوز اذن المالك .

١٩) قد شخصا ملفوفا وشققه وادعى الولي موته ، وانكر القاد ، قيل : يصدق القاد ، لان الاصل براءة ذمته ، والاصح ان يصدق الولي ، لان الاصل بقاء حياة المقدود قبل القد .

٢٠) لو مات شخص ، فادعى وليه ان موته بسبب سراية جناية عليه ، وانكر الجانى ذلك ، وادعى أن موته بسبب اخر ، فالاصح ان يصدق الولى ، لان الاصل عدم السبب ، وقيل : يصدق الجانى ، لان الاصل براءة الذمة .

ولو كان الامر بالعكس ، بأن قطع يدى رجل ورجليه ، وادعى الجانى أن موته بسبب السراية ، وادعى الولى سببا اخر ، فالاصح تصديق الولى ، لان الاصل بقاء الديتين الواجبتين .

وقيل : يصدق الجانى ، لان الاصل براءة ذمته .

٢١) لو قلع شخص سن طفل صغير ، ومات قبل ان تعود مكانها سن اخرى ، قيل : يجب الارش ، لتحقق الجناية ، والاصل عدم عود الاسنان ، والاصح : لايجب الارش ، لان الاصل براءة الذمة ، والظاهر أنه لو عاش لعادت سنة .

٢٢) التفويض فى المهر أن تجعل الزوجة البالغة الرشيدة لوليها امر التصرف فى مهرها ، بأن تقول له : زوجنى بدون مهر ، أو على أن لا مهر لى ، فيزوجها الولى ، وينفى المهر ، أو يسكت عنه ، ويجب فيه المهر بأحد أمور ثلاثة ، اما ان يفرضه الزوج على نفسه قبل الدخول وترضى به الزوجة ولها ان تمنع نفسها حتى يسلمه لها اذا كان معجلا ، او يفرضه الحاكم عليه اذا امتنع الزوج ،

فاذا لم يتم فرضه من الزوج أو الحاكم ودخل بها الزوج وجب للزوجة مهر المثل .(١)

فلو ادعى احد الزوجين التفويض ، وأنكر الاخر التفويض وادعى تسمية المهر ، فالاصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب ، كما في كتاب الروضة ، ولم يبين فيه الحكم ، وكأنه احالة على ما اذا كان اختلافهما في عقدين ، فان كلا منهما يحلف على نفي دعوى الاخر ، كما قال البلقيني .

٢٣) اذا قال شخص : كان لفلان علي كذا ، قيل : يكون مقرا له به ، لان الاصل الاستمرار ، وقيل: لايكون مقرا ، لان الاصل براءة الذمة ، والاصح انه ليس باقرار.

٢٤) اذا رأينا كافرا في دار الاسلام ، وقال : دخلت بأمان مسلم ، فقيل : يطالب بالبينة ، لان الاصل عدم الامان ، ويعضده ان الغالب على من يستأمن ان يستأنس بالاشهاد ، وقيل : لايطالب بالبينة ، لان الاصل حقن الدماء ، ويعضده أن الظاهر عدم اقدام الحربي على هذا الا بأمان ، وهذا هو الاصح .

---

(١) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم ج٢ ص١٢٣ - ١٢٥ .

٢٥) لو شهد شخص اخر بأنه نطـــق بكلمة الكفــــرة فادعى الاكراه على نطقها ، فعليه ان يجدد الاسلام ، فان بادر انسان بقتله قبل تجديد اسلامه ، قيل: يضمن ، وقيل : لايضمن ، لتقابـــــل الاصليـــن : الاكراه وبراءة الذمة .

٢٦) قال شخص لامرأته بعد أن طار طائر : ان لم اصـــد اليوم هذا الطائر فأنت طالق ، ثم اصطاد فى نفس اليوم طائرا ، ولـــم يعلم هل هو نفس الطائر ام لا ؟ فقيل: يقع الطلاق ، وقيل : لايقـع لتعارض اصليـــن : بقاء النكاح ، وعدم اصطياده وقد رجح النووى عدم وقوع الطلاق .

٢٧) لاقصاص فى الجروح الا فى الموضحة ، وهى التى توضـح العظم من اللحم ، فيكون فيها القصاص فى سائر البدن ، لعــــدم انضباط غيرها ، ولانها يمكن ضبطها ، واستيفاء مثلها طولا وعرضـــا من عضو الشاج ، ولو زاد المقتص فى الموضحة على حقه عمد الزمه قصـاص الزيادة لتعمده ، وان زاد خطأ او شبه عمد وجب ارش كامـــــــل للزائد ، الا اذا كان الخطأ باضطراب الجانى فهو هدر ، ولـــو قال المقتص : حصلت الزيادة من اضطراب الجانى ، وانكر الجانى المقتص منه ، فقيل : يضمن المقتص ، وقيل لايضمن لتعارض الاصليـن : براءة الذمة وعدم الاضطراب ، وحكى صاحب الروضة الرأيين بدون ترجيح ، وقال ابن الرفعة : يصدق المقتص لوجود اصلين له : براءة الذمـــة وعدم الارتعاش ، وليس فى حق الجانى الا اصل واحد ، والظاهـــــر أنه يتحرك بالطبع عندما تلمسه اله القصاص .(١)

(١) ينظر حاشية الباجورى على ابن قاسم ج٢ ص ٢١٥ – ٢١٦ .

٢٨) اذا ضرب الزوج الزوجة ، وادعى نشوزها ، وانكــرت النشوز ، وادعت أن الضرب ظلم منه ، فقد تعارض اصلان : عــدم الظلم ، وعدم النشوز ، قال ابن الرفعــة : لم ار فيها نقلا ، ويقوى فى نظرى ان يكون القول للزوج ، لان الشرع قد جعل له الولايــة فــى ذلــك .

تعــارض الظاهريــن

يكون تعارض الظاهرين مثل أن تقر امرأة بالزواج من رجــل ، ويصدقها المقر لــه بالزوجية ، ففى المذهب الجديد يقبل الاقــرار ، لتصديق الظاهر لهما فيما تصادقا عليه من الزوجيــة .

وفى المذهب القديم اذا كانا من بلدة واحدة يطالب كــل منهما بالبينــة ، لان الظاهر السابق يعارضــة ظاهر اخر ، وهــو انهما اذا كانا من بلدة واحدة فان حالهما يكون معروفا فى الغالب ، ويسهل على كل منهما اقامة البينــة .

فوائد فى ختام هذه القاعــدة

الفائدة الاولــى :

قال ابن القاص فى التلخيص : لايزال حكم اليقين بالشك الا فى احدى عشرة مسألة هى :

١) اذا شك من مسح على الخفين في انقضاء المـــدة ، يحكم بانقضائها .

٢) اذا شك من مسح على الخفين في انه هل مسح في الحضر أو في السفر ، يحكم بانقضاء المدة .

٣) اذا أحرم المسافر بالصلاة بنية القصر خلف من لا يعلم حاله ، هل هو مسافر أم مقيم ، لم يجز القصر .

٤) اذا شك المسافر في وصوله لبلدة ، هل وصل أم لا ؟ لا يجوز له الترخص .

٥) اذا شك المسافر في نيته للاقامة ، هل نوى الاقامـــة أم لا ؟ لا يجوز له الترخص .

٦) المستحاضة المتحيرة يلزمها ان تغتسل عند كـــل صلاة ، يحدث شك في انقطاع الدم فيها .

٧) اذا توضأت المستحاضة ومن به سلس البول ، ثـــم حدث شك في انقطـاع الحدث ، هل انقطع أم لا ؟ فصلــــى بطهارته لم تصح صلاة أحدهما .

٨) تبول حيوان في ماء كثير ، ثم وجد شخص هذا المـــاء متغيرا ، ولا يعرف هل تغيره بسبب البول ام بغيره ؟ يكون المـــاء نجســـا .

٩) من أصابت ثوبه او بدنه نجاسة ، ولم يعلم موضعها ، يجب غسله كله .

١٠) لو تيمم شخص ، ثم رأى شيئا لايدري هل هو ماء ام سراب ؟ بطل تيممه مطلقا ، وان بان سرابا .

١١) رمى شخص صيد بسهم أو أرسل عليه كلبا فجرحه ، ثم غاب الصيد ، فوجده الصائد ميتا ، وشك في سبب موته ، وهل أصابته رمية اخرى من مقتل مثل الحجر ونحوه ، لم يحل أكله .

وقد رد عليه القفال وغيره بأن جميع هذه المسائل لم يترك فيها اليقين بالشك ، انما تم العمل فيها بالاصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه ، لان في مسألتي مسح الخف الاصل فيهما هو غسل الرجلين ، ويشترط في المسح على الخفين بقاء المدة ، وقد حصل الشك في الشرط ، فكان العمل بأصل الغسل ، وفي مسائل المسافر الذي أحرم بنية القصر خلف من لايعلم حاله ، او المسافر الشاك في وصوله لبلده ، والمسافر الشاك في نيته للاقامة ، في كل هذه المسائل يكون القصر رخصة بشرط ، فاذا لم يتحقق يكون العمل بالاصل ، وهو اتمام الصلاة .

وفي مسألة المستحاضة المتحيرة ، الاصل وجوب الصلاة فيها ، فاذا شكت في انقطاع الدم ، وصلت بدون غسل لاتكون متيقنة للبراءة من الصلاة .

وفي مسألة من أصابه نجاسة في بدنه أو ثوبه وجهل مكانهـا ، الاصل فيها انه ممنوع من الصلاة الا بعد الطهارة من هذه النجاسة ، فاذا لم يغسل الجميع يكون شاكا في زوال سبب منعه عن الصلاة .

وفي مسألة المتيمم الذى وجد شيئا لايدرى هل هو ماء أوسراب ، انما بطل تيممه ، لوجوب طلب الماء عليـه .

وفي مسألة الصيد قولان في حله ، وعلى القول بعدم حلة فـلا يكون تركا لليقيـن بالشك ، بل لان الاصل هو التحريم وقد حدث الشك في الاباحـة .

وقد قال النووى : ماقاله القفال فيه نظر ، والصواب فـى أكثر هذه المسائل مع ابن القاص.

ثم قال : وقد استثنى امام الحرمين والغزالى ايضا مسألـة ما اذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة ، فانهم لايصلون الجمعـة ، مع أن الاصل بقـاء الوقـت .

قال النووى : ويستثنى ايضـا مسألة ما اذا توضأ ، وشك فـى مسح رأسـه ، هل مسحها ام لا ؟ ففيها قولان ، والاصح هـو أن يكون وضوءه صحيحا ، ولايقال : ان الاصل عدم المسح .

ومثلها : مالو سلم من صلاته ، وشك هل صلى ثلاثا أو اربعا ، والاظهر أن صلاته انتهت صحيحة .

قال النووى : فان قيل ان هاتين المسألتين يدخلان فــــى القاعدة ، لانه شك هل ترك شيئا ام لا ؟ والاصل عدم التــــرك ، يرد عليه بأن الترك عدم ، وهو باق على ماكان عليه ، وانما المشكــوك فيه هو الفصــل ، والاصــل عدمه ، ولم يعمل بالاصل .

وقال النووى : واما اذا سلم من صلاته ، فرأى نجاســــة عليه ، محتملة الوقوع اثناء الصــلاة ، أو حدوثها بعدها ، فــــلا يعيدها ، لانها انتهت صحيحة ، فيمكن ان يقال : ان الاصــــل عدم النجاسة ، فلا يكون هناك حاجة لاستثنائها ، لانها داخلــــة فى القاعدة ، ويمكن ان يقــال : انه يحقق النجاســة ، وشك فــــى انعقــاد الصلاة ، والاصل عدم الانعقــاد ، فتكون باقية فــــى الذمــة ، فيحتاج الى استثنائها .

وزاد ابن السبكى صورا اخرى فى نظائـرة ، منها مايلــى :

١) اذا جاء من يريد الصلاة من قدام الامام ، واقتــدى به ، وشك ، هل هو متقدم عليه ام لا ؟ فالصحيح ان صلاته صحيحة ، كما فى التحقيق وشرح المهذب .

ففى هذه المسألة قد ترك اصل من غير مايعارض ، ولهذا رجــح ابن الرفعة مقابلــة ، وانه لاتصح صلاته ، عملا بالاصل الــــذى لايوجد له معارض .

اما لوجاء المصلى من خلف الامام فان صلاته تصح قطعا ، لان الاصل عدم تقدمه عن الامام .

ومثل المسألة السابقة بالوصلى المأموم خلف الامام ، وشك ، هل تقدم على الامام بتكبيرة الاحرام ام لا ؟ فلا تصح صلاته .

والفرق ان الصحة فى التقديم أكثر وقوعا ، فانها تصح فى صورتين : التأخير والمساواة ، وتبطل فى التقدم خاصة ، اما الصحة فى التكبير فهى أقل وقوعا ، فانها تبطل فى صورتين : المقارنة والتقدم ، وتصح فى صورة واحدة ، وهى التأخر .

٢) لو كان لشخص كفان تعملان اولا تعملان ، فاذا مس باحداهما ذكره انتقض وضوءه مع وجود الشك فى انها اصلية او زائدة ، والزائدة لا تنقض ، ولو كانت احداهما هى التى تعمل فقط ينتقض وضوءه بها وحدها على الصحيح .

٣) لو ادعى الغاصب ان العين المغصوبة قد تلفت وكذبه المالك ، يصدق الغاصب مع يمينه على الصحيح ، والا يحبس حبسا دائما اذا كان صادقا ، وعجز عن البينة ، وقيل : يصدق المالك ، لان الاصل البقاء .

وزاد الزركشي صورا أخرى في قواعده .. منها مايلي :

١) مسألة الهرة ، فان الاصل نجاسة فمها ، فتترك ، لاحتمال ولوغها في ماء كثير ، وهو شك .

٢) من رأى منيا في ثوبه ، او في فراشة الذي لاينام عليه أحد غيره ، ولم يتذكر انه احتلم ، فانه يلزمه الغسل على الاصح ، مع ان الاصل عدم المني .

٣) لو صام شخص يوما من الكفارة ، وبعده شك هل نوى أم لا ؟ فصومه صحيح على القول الصحيح ، مع ان الاصل عدم النية .

٤) لو كان على شخص صلاة فائتة ، وشك في قضائها ، لاتلزمه صلاتها ، مع أن الاصل بقاؤها ، كما ذكره الشيخ عز الدين في مختصر النهاية .

القاعدة الثانية :

قال الشيخ ابو حامد الاسفرايني : الشك على ثلاثة اقسام : شك طرأ على اصل حرام ، وشك طرأ على اصل مباح ، وشك لايعرف اصله .



فالاول : الطارئ على اصل حرام ، مثل : ان يجد شخص شاة مذبوحة [illegible] فيها مسلمون ومجوس ، فلا تحل له حتى يعلم أنها [illegible] ذكاها مسلم ، لان اصلها حرام ، وقد حدث الشك في الزكاة المبيحة لها ، الا اذا كان عدد المسلمين اكثر من عدد المجوس ، فانه يجوز الاكل منها ، عملا بالغالب الذي يفيد الظهور .

الثاني : الطارئ على اصل مباح ، مثل : أن يجد شخص ماء متغيرا ، يحتمل تغيره من نجاسة ، او من طول المكث ، يجوز التطهر به ، عملا بالغالب ، لان الاصل الطهارة .

والثالث : الشك الذي لايعرف اصله ، مثل : معاملة الشخص الذي يكون اكثر ماله حراما ولم نتحقق ان المأخوذ من ماله عينه حرام ، فلا يحرم التعامل معه ، وتحل مبايعته ، لامكان الحلال في بعض ماله ، وعدم تحقق التحريم فيما تأخذه منه ، ومع هذا يكره التعامل معه ، خوفا من الوقوع في الحرام .

الفائدة الثالثة :

قال النووي : اعلم ان المراد بالشك في الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق والطلاق وغيرها ، هو : التردد بين وجود الشئ وعدمه ، سواء كان الطرفان في التردد سواء ، أو احدهما راجحا ، وهذا في استعمال الفقهاء في كتبهم .

أما علماء أصول الفقه، فقد فرقوا بين ذلك ، وقالوا : ان كان التردد على السواء فهو الشك ، وان كان احدهما راجحا عن الاخر ، يكون الراجح ظنا ، يكون المرجوح وهما .

وقد فرق الرافعى بين الشك والظن فى الحدث ، فقال : ان الحدث يرفع بظن الطهر ، ولايرفع بالشك فى الطهر ، وقيل : انه غلط معدود من أفراده ، وقال ابن الرفعة : لم اره لغيره .

وفى كتاب المهمات والشامل : انما قلنا بنقض الوضوء بالنوم مضطجعا ، لان الظاهر خروج الحدث ، فصدق ان يقال : رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث ، بخلاف عكسه ، فكأن الرافعى اراد ماذكره ابن الصباغ مانعكس عليه ، ولعل احتمال فيما اذا ظن الحدث بأسباب عارضة فى تخريجة على قولى الاصل والغالب .

وقال الزركشى : مازعمه النووى من أنه لافرق بين المساوى والراجح فى سائر الابواب .

يرد عليه انهم قد فرقوا فى مواضع كثيرة ، منها مايلى :

١) الايلاء هو حلف زوج يصح طلاقة ليمتنع من وطء زوجته فى فرجها مطلقا او أكثر من أربعة أشهر ومعنى (مطلقا) اى غير مقيد بمدة ، مثل المطلق المؤبد ، أو مقيدا بمدة فوق الاربعة

أشهره مثل التقييد بشئ مستبعد الحصول ، مثل موتها او موته
أو موت غيرهما ، ونزول عيسى عليه السلام كان يقول : لا أطؤك حتى
تموتي أو أموت أو يموت فلان أو ينزل عيسى عليه السلام فيكون موليا ،
اما ان ظن حصوله قبلها فلا يكون موليا وان شك في حصوله فيكون
فيه وجهان .(١)

٢) لو شك شخص ، في الحيوان المذبوح ، هل كان فيه
حياة مستقرة قبل الذبح ام لا ؟ يحرم ، للشك في المبيح ، اما
ان غلب على ظنه بقاء الحياة المستقرة فيحل .

٣) اذا وجد شخص مالا لغيره الغائب ، وعليه على ظنه
أنه يرضى بأن يأكل منه ، جاز له أن يأكل منه ، وان شك في
رضائه لايجوز له ان يأكل منه .

٤) اذا غلبت السلامة في ركوب البحر وجب ركوب السفن
لمن يريد الحج ، اما ان شك فلا .

٥) اذا غلب على الظن ان المرض مخوف ينفذ تصرف المريض
به من الثلث ، اما ان حدث شك في كونه مخوفا لم ينفذ تصرفه
الا بقول اهل الخبرة .

٦) لايقع الطلاق بالشك في وقوعه ، ويقع بالظن الغالب ،
كما قال الرافعي .

ويشهد له : لو قال الزوج لزوجته : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فاذا مضت ثلاثة اقراء من وقت التعليق يقع الطلاق ، مع أن الاقراء لاتفيد الا الظن ، ولهذا ابد الامام احمد احتمالا بعدم الوقوع .

الفائدة الرابعة :

الاصل في كل ماسبق يعبر عنه بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضي في الحاضر ، وأما استصحاب الحاضر في الماضي ، فهو الاستصحاب المقلوب .

ولم يقل بالاستصحاب المقلوب اصحاب الشافعي الا في مسألة واحدة ، كما قال الشيخ تقي الدين السبكي ، وهي اذا اشترى شخص شيئا ، فادعاه شخص اخر ، وانتزعه منه بحجة مطلقة ، فقد اجمعوا على ثبوت الرجوع له على البائع ، فلو كان المشتري قد باع ما اشتراه او وهبه ، وانتزع من المشتري منه أو الموهوب له ، كان للمشتري الاول الرجوع ايضا ، وهذا هو استصحاب الحال في الماضي ، لان البينة لاتنشئ الملك ، وانما تظهره ، والملك سابق على اقامتها ، لابد من تقدير زمان لطيف له ، ويحتمل انتقال الملك من المشتري الى المدعي ، ولكنهم استصحبوا مقلوبا وهو عدم الانتقال عنه فيما مضى .

وقيل بالاستصحاب المقلوب ايضا على وجه ضعيف كما قال تاج الدين السبكي فيما اذا وجدنا ركازا ، ولا ندري هل هو جاهلي ام اسلامي ، فانه يحكم بأنه جاهلي .

وكذلك لو كان المغصوب باقيا ، وهو اعور مثلا ، فقال الغاصب : غصبته هكذا ، فيكون القول قوله ، وكذلك لو غصب شخص طعاما ، فقال : كان الطعام عتيقا ، وكذبه مالكه وقال : كان طعامي جديدا ، فيصدق الغاصب .

القاعدة الثالثة

" المشقة تجلب التيسير "

المشقة لغة : هي العناء ، يقال : شق الأمر شقا : أي صعب ، وشق على فلان : أوقعه في المشقة . (١)

التيسير لغة : من اليسر : وهو ضد العسر ، وهو السهولة والتهيئة والميسور هو السهل . (٢)

ومعنى القاعدة أن المشقة والصعوبة تجلب التيسير والسهولة ، لأن الحرج مرفوع عن كل مسلم ، لكن يشترط عدم مصادمة القاعدة لنص ، فإذا تعارضت مع نص شرعي روعي النص دون جلب التيسير ، والمشقة التي تجلب التيسير هي التي تنفك عنها التكاليف الشرعية أما المشقة التي لا تنفك عنها التكليفات الشرعية ، مثل المشقة في الجهاد ، أو الألم الناشيء من تنفيذ الحد ، أو رجم الزناة ، أو قتل

---

١) ينظر المعجم الوجيز ـ حرف الشين (شق ، المشقة) .

٢) ينظر المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني : كتاب الياء " يسر " ، ومختار الصحاح : باب الياء (يسر) والمصباح المنير باب الياء (يسر) ، والمعجم الوجيز : باب الياء (يسر) ..

البغاة والمفسدين فى الأرض ، فلا تؤثر فى جلب تيسير ، ولا تخفيف على أحد منهم .

وهذه القاعدة أصل عظيم يتفرع عنه معظم الرخص التى يترتب عليها رفع الحرج والتيسير على المسلمين ، ويبين أن الشريعة الإسلامية لم تكلف المسلمين إلا بما يستطيعون .

أدلة القاعدة :ــ

أصل هذه القاعدة والدليل عليها كثير من آيات القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة منها مايلى :ــ

ــ من القرآن الكريم : قوله تعالى : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " (١) ، وقوله " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " (٢) وقوله : " ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج " (٣) وقوله : " ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم " (٤) وقوله : " وما جعل عليكم فى الدين من حرج " (٥) وقوله " ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج " (٦) ، فقد وضحت هذه الآيات وغيرها من القرآن الكريم أن الله تعالى يريد اليسر

---

١) الآية رقم ١٨٥ من سورة البقرة (٢) الآية ٢٨٦ من سورة البقرة
٣) الآية رقم ٦ من سورة المائدة (٤) الآية رقم ١٥٧ من سورة الاعراف (٥) الاية رقم ٧٨ من سورة الحج .
٦) الاية رقم ٦١ من سورة النور .

بعباده ، ولا يكلف أحداً إلا بما يطيقه ، وأنه رفع الحرج عن كل مسلم في كل التكاليف ، وأن الشريعة الإسلامية تلاحظ في كل أحكامها حال جميع المكلفين قوة وضعفا .

ومن السنة النبوية : قول الرسول (ص) " إن الدين يسر ، ولمن يشاد الدين أحد إلا غلبه ، فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة ، وشيء من الدلجة " (١) ، وقوله (بعثت بالحنيفية السمحة) (٢) وما روته السيدة عائشة رضي الله عنها قالت : " ما خير رسول الله (ص) بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما ، فإن كان إثما كان أبعد الناس عنه " (٣) ، وقوله (ص) " يسروا ولا تعسروا " (٤) وقوله " إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين " (٥) وقوله " إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ، ولم يجعله ضيقا " (٥) .

فقد بينت هذه الأحاديث وغيرها أن الإسلام يسر ، وأن أحكامه ليست شاقة على المسلمين ، وأنه وضع عن المسلمين ما كان على الأمم السابقة في شرائعهم من إصر ، ولذلك شرع للمسلمين التوبة التي تكون بالندم والعزم على عدم العود للخطأ وإعطاء كل ذي حق حقه ، وكانت توبة اليهود أن يقتلوا أنفسهم ، كما قال الله تعالى :

---

١) رواه البخاري في باب الدين يسر جـ١ ص١٢١ .
٢) رواه أحمد في المسند عن جابر بن عبد الله وغيره .
٣) رواه البخاري ومسلم (٤) رواه البخاري ومسلم .
٥) رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن أبي هريرة .

" فتوبوا إلى بارئكم فاقتلوا أنفسكم " .

ما يتخرج على القاعدة :ـ

يتفرع على هذه القاعدة جميع ما شرعه الإسلام من الرخص والتخفيفات .
وأسباب التخفيف على المسلم في العبادات وغيرها سبعة ، وهي :ـ
أولا : السفر : ويرخص في ثمانية أشياء :

منها ما يختص بالسفر الطويل قطعا بدون خلاف ، وهو قصر الصلاة ، والفطر في رمضان والمسح على الخفين أكثر من يوم وليلة .
(١) قصر الصلاة الرباعية لقوله تعالى : " وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا ... الخ " (١) أي إذا سافرتم فلا جناح عليكم أن تقصروا من صلاتكم الرباعية ، والخوف من العدو ونحوه ليس شرطا في قصر الصلاة ، لما رواه يعلى بن أمية رضي الله عنه قال : قلت لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : إنما قال الله تعالى (إن خفتم) وقد أمن الناس ، فقال : عجبتُ مما عجبتَ منه ، فسألت رسول الله (ص) فقال : صدقة تصدق الله بها عليكم ، فاقبلوا صدقته " (٢) أي إن

---

١) الآية رقم ١٠١ من سورة : النساء .
٢) رواه مسلم .

جواز قصر الصلاة مع الأمن صدقة ، لأنها زائدة على ما أفادته الآية فيكون قوله تعالى : " إن خفتم " ليس قيدا .

وقصر الصلاة للمسافر في الصلاة الرباعية جائز ، وقال الأحناف بوجوبه ، ويكون القصر أفضل لمن بلغ سفره ثلاث مراحل ، أما من كان دائم السفر مثل سائق السيارة أو القطار ونحوهما أو الملاح الذي يسافر بالسفينة وقد يكون معه أهله ، فقد اختلف العلماء في جواز قصر الصلاة لكل منهم ، والأفضل أن يتم كل منهم صلاته . خروجا من خلاف الحنابلة القائلين بوجوب إتمام الصلاة له ، ولو تعارض قصر الصلاة مع الجماعة قدم القصر .

وقد يجب قصر الصلاة على المسافر ، كما إذا أخر الصلاة حتى لم يبق من وقتها إلا ما يتسع لأدائها مقصورة ، لأنه لو أتمها لترتب على هذا إخراج بعض الصلاة عن وقتها مع تمكنه من أدائها في وقتها .

وقد يجب القصر والجمع معا فيما لو أخرج الظهر من وقته إلى وقت العصر بنية الجمع ، ولم يؤد الصلاة حتى لم يبق من وقت العصر إلا ما يسع لأداء أربع ركعات ، فإنه يجب عليه حينئذ القصر والجمع .

شروط قصر الصلاة :ـ

يشرط لجواز قصر الصلاة الرباعية للمسافر شروطا هي :ـ

(١) أن يكون سفره فى غير معصية ، فإن كان لمعصية فلا يجوز له أن يقصر الصلاة .

(٢) أن تكون مسافة السفر سته عشر فرسخا ، والفرسخ ثلاثة أميال ، والميل ٤٠٠٠ خطوة ، والخطوة ثلاثة اقدام ، وهى تقدر الآن بحوالى ٨٥ كيلو مترا .

(٣) أن تكون الصلاة الرباعية التى يصليها المسافر يؤديها فى وقت أدائها وليست قضاء ، فإن كانت فائتة الحضر فلابد أن يقضيها تامة ، سواء قضاها فى الحضر أو فى السفر ، لأنها قد لزمته تامة ، أما فائتة السفر فتقضى مقصورة ، سواء قضاها فى سفره الحالى أو غيره .

(٤) أن ينوى المسافر قصر الصلاة مع تكبيرة الإحرام فى أول الصلاة .

(٥) أن لا يأتم المسافر فى جزء من صلاته بمن يصلى صلاة تامة ، فإن ائتم به ولو فى آخر صلاته ، لزمه اتمام الصلاة . (١)

(٢) الفطر فى رمضان : المسافر سفرا طويلا مباحا ، إن تضرر بالصوم فالأفضل له أن يفطر ، ثم يقضى ، لقوله تعالى : " فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر " فإن لم يتضرر بالسفر

---

(١) ينظر شرح الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص٢٠٩ـ٢١٤ ، والاشباه والنظائر ص ٧٧ .

فالأفضل له الصيام ، لتبرأ ذمته ، فإن غلب على ظنه تلف نفســه أو عضو من بدنه بسبب صومه حرم عليه الصوم ، لقوله تعالـــى : " ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة " ولابد وأن يكون سفره سابقـــا على الصوم ، بأن يسافر قبل الفجر ، فإن سافر أثناء النهار، وهـو صائم فلا يصح إفطاره فى هذا اليوم . (١)

(٣) مدة مسح الخف للمسافر :

يجوز المسح على الخفين فى الوضوء بدلا من غسل الرجلـين بثلاثة شروط هى :-

١ـ أن يبدأ لبسهما بعد طهارة كاملـة .

٢ـ أن يكون الخفان ساترين لمحل غسل الفرض من القدمين مـع الكعبـين .

٣ـ أن يكون الخفان مما يمكن تتابع المشى عليهما .

مـدة المسـح :

يمسح المقيم يوما وليلة ، ويمسح المسافر ثلاثة أيام بلياليهـا ، إذا كان سفرا يبيح قصر الصلاة ، وتبدأ مدة المسح من انقضـــاء الحدث الحاصل بعد تمام لبس الخفين .

---

١) ينظر شرح الباجورى جـ١ ص٢١٤ ، الاشباه والنظائر ص ٥٧٧

ومن كان عاصيا بسفره والهائم بدون قصد يمسح كل منهما مسح المقيم يوما وليلة ، والعاصي بالسفر هو من ينشئ السفر لمعصية ، مثل من يسافر ليقتل شخصا أو نحو ذلك ، ومن ينشئ السفر لطاعة ثم يقلبه إلى معصية ، كمن سافر لصلة الرحم ، ثم قلبه إلى معصية ، وكل منهما يمسح مسح المقيم .

أما العاصي في السفر ، فهو الذي يسافر لطاعة ، لكنه يفعل معصية أثناء سفره مثل شرب الخمر ونحوه ، فهذا يمسح ثلاثة أيام بلياليها ، لأنه ليس عاصيا بنفس السفر الذي هو سبب الرخصة ، أما المسافر سفرا قصيرا لا يبيح قصر الصلاة فإنه يمسح مسح المقيم .

ومن مسح على الخفين في الحضر ثم سافر ، أو مسح في السفر ثم أقام قبل مضي يوم وليلة أتم مسح مقيم يوما وليلة ، ولو مسح في الحضر ثم سافر بعد مضي يوم وليلة وجب عليه نزع الخفين ، لانتهاء المدة ، ومن مسح في السفر ، ثم أقام بعد مضي يوم وليلة وجب عليه نزع الخف أيضا .

<u>ويبطل المسح بثلاثة أشياء :ـ</u>

١ ـ خلع الخفين أو خلع أحدهما من الرجل .
٢ ـ انتهاء المدة للمقيم يوما وليلة ، وللمسافر ثلاثة أيام بلياليها .
٣ ـ طروء مايوجب الغسل من جنابة أو حيض أو نحو ذلك . (١)

---

١) ينظر شرح الباجوري جـ١ ص٨٥ ـ ٩٠ ، والأشباه والنظائر ص٧٧ .

ومن رخص السفر مالا يختص بالسفر الطويل قطعا ، وهو ترك الجمعة وأكل الميتـــة :

(١) ترك صلاة الجمعة :

يشترط لانعـقاد الجمعة الإقامة ، فلاتجب على مسافر سفـــرا مباحا ، ولوكان سفرا قصيرا ، لانشغاله بالسفر ومشاقه ، ولاتنعقد الجمعة بوجود المسافر ، لكن لوصلاها تصح صلاته ، ويحرم علـــى من تلزمه الجمعة أن يسافر بعد فجر يومها إلا إذا أمكنه أن يصليها فى مكان وصوله أو فى طريقه أثناء سفره ، أوكان يتضرر إذا تخلف عـــن رفقته ، والمحرم هو سفره قبل الزوال ولم يكن وقت الجمعة قد دخـــل بعد ، لأنها منسوبة إلى اليوم ، ولهذا وجب السعى على من كان بعيدا عن مكان صلاة الجمعة قبل الزوال . (١)

(٢) أكـل الميتـــــة :ـ

يحل للمضطر الذى أصابته ضرورة أن يأكل من الميتة المحرمة عليه إذا خاف على نفسه الهلاك من عدم الأكل فى حال المخمصة والجوع الشديد ، أو خاف مرضا أو زيادة مرض أو انقطاع رفقة فى سفـــره

(١) ينظر شرح الباجورى جـ١ ص٢١٩ ـ ٢٢١ ـ الاشباه والنظائر ص٧٧

ولايجد حلالا يأكله ، وكان سفره فى طاعة ، فإذا كان عاصيا بسفره فلا يأكل من الميتة ، حتى يتوب ، لأن الأكل من الميتة رخصة ولاتناط بالمعصية ، وكذلك لايأكل منها مراق الدم القادر على عصمة نفسه ، مثل المرتد والحربى وتارك الصلاة بعد أمر الإمام ، والقاتل فى قطع الطريق ، لأنهم يقدرون على عصمة أنفسهم ، بالإسلام فى المرتد والحربى ، وبالتوبة فى غيرهما ، بخلاف الزانى المحصن والقاتل فى غير قطع الطريق ، فلهما الأكل من الميتة ، لعدم قدرتهما على عصمة أنفسهما بالتوبة .

وللمضطر أن يأكل من ميتة الآدمى ، إذا لم يجد ميتة غيره ، لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت ، إلا إذا كان الميت نبيا ، فلا يأكل منه لشرفه بالنبوة على غيره ، ولا يأكل المضطر الكافر من ميتة المسلم لشرفه بالإسلام . ولا يأكل المضطر إلا بقدر مايسد رمقه ، ويبقى على روحه . (١)

ومن رخص السفر : ما اختلف فيه والأصح اختصاصه بالسفر الطويل وهو الجمع بين الصلاتين :

يجوز للمسافر سفر قصر أن يجمع بين صلاتى الظهر والعصر ، وبين صلاتى المغرب والعشاء ، تقديما وتأخيرا ، فى وقت أيهما شاء ،

---

(١) حاشية الباجورى ج١ ص٣٠٢-٣٠٣ ، الأشباه والنظائر ص٧٧ .

فيضم إحدى الصلاتين للاخرى فى وقت واحدة منهما ، سواء كانت الصلاتان تامتين أو مقصورتين أو مختلفتين ، بأن يقدم صلاة العصر إلى وقت الظهر ويصليها مع الظهر جمع تقديم ، أو يؤخر صلاة الظهر إلى وقت العصر ويصليها معها جمع تأخير ، وهكذا يفعل مع المغرب والعشاء .

ويشترط فى جمع التقديم ثلاثة شروط هى :ـ

١ ـ أن ينوى الجمع فى أول الصلاة الأولى أو فى أثنائها ، لا قبل التحريمة ولا بعد التسليم ، .

٢ ـ الترتيب : بأن يبدأ بصلاة الظهر قبل العصر ، وبالمغرب قبل العشاء ، لأن الثانية من كل منهما تابعة للأولى ، ولا يصح تقديم التابع على المتبوع ، فلو عكس بأن صلى العصر قبل الظهر ، أو العشاء قبل المغرب لا تصح صلاة العصر ولا العشاء ، إن أراد جمع التقديم فإن لم يرد جمع التقديم أخر العصر والعشاء حتى يدخل وقت كل منهما .

٣ ـ الموالاة : بأن لا يفصل بين الصلاتين فصلا طويلا عرفا ، ولو بعذر ، فلو طال الفصل بينهما وجب تأخير الصلاة الثانية حتى يدخل وقتها فى جمع التقديم .

أما جمع التأخير : فيجب أن يكون بنية الجمع ، وتكون النية فى وقت

الصلاة الأولى ، ويصح تأخيرها إلى آخر وقتها ، في الوقت الذي لو صلاها فيه لكانت أداء ، بأن يبقى منه ما يسع أداءها تامة ، ولا يجب في جمع التأخير ترتيب ولا موالاة ولا نية ، بل يسن فيه الترتيب والموالاة . (١)

ومن رخص السفر : ما اختلف فيه والأصح عدم اختصاصه بالسفر الطويل ، وهو التنفل على الدابة ، وإسقاط الفرض بالتيمم .

(١) التنفل على الدابة : يجوز للمسافر سفرا مباحا ولو قصيرا أن يصلي النافلة على الدابة ، ويصح له أن يترك الاتجاه إلى القبلة ، ما دامت الدابة تسير إلى مقصده ، فيصلي إلى أي جهة توجهت به دابته ، ولا يشترط السفر الطويل ، بل لو كان متجها إلى مكان لا يسمع فيه نداء الجمعة يعتبر سفرا يبيح ذلك ، ولا يجب على راكب الدابة وضع جبهته على سرجها مثلا ، بل يومئ بركوعه وسجوده ، ويكون السجود أخفض من الركوع .

ولا ينحرف راكب الدابة إلى غير جهة مقصده إلا إلى القبلة ، لأنها الأصل ، فإن انحرف إلى جهة غير القبلة عالما ومتعمدا بطلت صلاته ، سواء كان مختارا أو مكرها ، فإن انحرف لغير القبلة

---

١) ينظر شرح الباجوري جـ١ ص٢١٤ ـ ٢١٧ ـ والأشباه والنظائر ص٧٧

لنسيان أو خطأ أو لجماح الدابة وطال الزمن بطلت صلاته ، أما إذا لم يطل فلا تبطل ، ويسن له أن يسجد للسهو ، لأن العمد فيه مبطل .

وراكب السفينة غير الملاح إن كان يسهل عليه التوجه إلى القبلة في جميع الصلاة ، ويتم جميع الأركان أو بعضها من ركوع وسجود لزمه لأنه ميسر عليه ، أما إذا لم يسهل عليه ذلك ، فلا يلزمه إلا التوجه للقبلة إن كان يسهل عليه .

أما الملاح ، وهو من يكون له عمل في تسيير السفينة فلا يلزمه التوجه ، لأن تكليفه به يضعه من العمل أو من صلاة النفل . (١)

(٢) التيمم : شرع التيمم بقوله تعالى : " وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا " (٢) ، وقوله (ص) " جعلت لي الأرض مسجدا وتربتها طهورا " (٣) وهو من خصائص الأمة الإسلامية ، ويكون بإيصال التراب الطهور للوجه واليدين ، بدلا عن الوضوء والغسل ، أو غسل عضو ، بشرائط خمسة ، وهي :-

---

١) ينظر شرح الباجوري ج ١ ص ١٤٨ - ١٤٩ .

٢) من الآية رقم ٦ من سورة المائدة .

٣) رواه مسلم .

(١) وجود عذر بالسفر أو المرض ، بحيث يعجز عن استعمال الماء ، لأن السفر مظنة عدم وجود الماء ، والمرض قد يحدث من استعماله أو يزيد ، أو يتأخر البرء منه ، بالتجربة أو قول الطبيب .

(٢) دخول وقت الصلاة يقينا ، فلا يصح التيمم قبل دخول الوقت .

(٣) طلب الماء بعد دخول الوقت .

(٤) تعذر استعمال الماء ، بأن يخاف من استعماله ذهاب نفسه ، أو تلف عضو منه أو تلف منفعته .

(٥) التراب الطاهر الطهور غير المندى ، لأن المندى يلتصق بالعضو .

فرائضه : فرائض التيمم أربعة :ـ

١ ـ النية ، وتكون مقترنة بنقل التراب للوجه واليدين وجوبا .

٢ ، ٣ ـ مسح الوجه ، ومسح اليدين مع المرفقين .

٤ ـ الترتيب : بأن يقدم مسح الوجه على مسح اليدين ، ولو تركه لا يصح التيمم .

مبطلاته : يبطل التيمم بثلاثة أشياء :ـ

(١) كل ما يبطل الوضوء .

(٢) رؤية الماء في غير وقت التلبس بالصلاة .

٣ـ الردة : لأن المرتد تبطل جميع أعماله .

ويتيمم لكل فريضة ولا يجمع بين صلاتى فرض بتيمم واحد ، ويصح أن يصلى من النوافل ما شاء بتيمم واحد .(١)

الرخصة التاسعة :

إذا كان من يريد السفر متزوجا بنسوة ، فأقرع بينهن ليأخذ إحداهن معه فى سفره ، فخرجت القرعة على واحدة منهن ، وسافرت معه ، فإذا عاد من سفره ، لا يلزمه القضاء لبقية زوجاته ، قيل : هذا فى السفر الطويل ، وقيل : فى كل سفر مطلقا ولو قصيرا ، والقول الأخير هو الأصح .

ثانيا : المرض : ويرخص فى أمور كثيرة ، منها :

(١) التيمم عند وجود مشقة فى استعمال الماء للمريض ، وقد تحدثنا عنه عند الكلام على رخصة التيمم للسفر ، ودليله قوله تعالى :ـ " وإن كنتم مرضى " أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) " . فقد رخصت الآية فى التيمم للمريض وللمسافر .

١) ينظر : شرح الباجورى جا ص ١٠٩ـ١٠٢ ، الاشباه والنظائر ص ٧٧ .

(٢) عدم الكراهة في الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضاءه:

من سنن الوضوء ترك الاستعانة بمن يصب عليه ماء الوضوء لغير عذر ، لأن هذا خلاف الأولى ، إلا إذا وجد عذر ، مثل المرض ، فلا تكون الاستعانة خلاف الأولى ، بل تكون واجبة ، إذا لم يمكن المريض التطهر إلا بها ، ولو كان ذلك بأجر المثل ، فإن استعان بأحد فالأولى أن يقف من يصب الماء عن يسار المتوضئ ، لأن هذا أمكن ، وأحسن أدبا .

والاستعانة في غسل الأعضاء مكروهة ، إلا إذا كان عنده عذر ، أو الاستعانة بتحصيل الماء فلا بأس بها ، وهي مباحة . (١)

(٣) **القعود** والاضطجاع والايماء في صلاة الفرض :-

القيام ركن من أركان صلاة الفرض ، إذا قدر عليه ، فإن عجز عن القيام ، بأن لحقته مشقة شديدة ، لا يتحقق معها خشوعه ، أو كمال خشوعه في الصلاة ، قعد على أي كيفية شاءها ، من افتراش أو تورك أو تمديد ، أو نحو ذلك ، وقعوده مفترشا أفضل من تربعه وغيره ،

(١) ينظر حاشية الباجوري جـ١ ص٦١ ، الاشباه والنظائر ص ٧٧ .

ويكره الإقعاء ، بأن يجلس على أليتيه ، وينصب ركبتيه ، للنهى عن ذلك فإن عجز عن القعود صلى مضطجعا ، ويسن أن يكون على جنبه الأيمن فإن عجز عن الاضطجاع صلى مستلقيا ، مع رفع رأسه بشئ مثل الوسادة أو نحوها ، ليكون متجها للقبلة بوجهه ومقدم بدنه ، ويومئ برأسه لركوعه وسجوده ، بحيث يكون سجوده أخفض من ركوعه وجوبا ، فإن عجز عن كل ذلك أومأ بأجفانه ، ولا يجب عليه حينئذ أن يجعل سجوده أخفض من ركوعه ، لأن لا يظهر التمييز بينهما حسا بذلك ، فإن عجز عن ذلك أجرى أفعال الصلاة على قلبه وجوبا في الصلاة الواجبة ، وندبا في الصلاة المندوبة ، ولا تسقط عنه الصلاة مطلقا ، مادام عقله ثابتا ، لوجود مناط التكليف ،

ولو كان المريض يستطيع القيام في جميع الصلاة بلا مشقة لو صلاها منفردا ، لكنه لا يستطيع ذلك إذا صلى في جماعة إلا إذا قعد في بعض الصلاة ، فالأفضل له الانفراد في أداء الصلاة ، لكن لو صلاها في الجماعة وقعد في بعضها صحت صلاته ، وصلاة النفل لغير عذر يجوز فيها القعود والاضطجاع ، دون الاستلقاء ، سواء الرواتب وغيرها ، وما تسن فيه الجماعة ، وما لا تسن فيه ، على أن يكون للقاعد نصف أجر القائم ، وللمضطجع نصف أجر القاعد ، كل هذا عند القدرة ، فإذا لم يكن

قادرا لاينقص أجر أحد منهم . (١)

ودليل جواز صلاة الفرض على الهيئات السابقة ما رواه عمران بن حصين قال : كانت بي بواسير ، فسألت النبي (ص) عن الصلاة ، فقال : صل قائما ، فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى جنب) (٢) ، وزاد النسائي في روايته : (فإن لم تستطع فمستلقيا ، لايكلف الله نفسا إلا وسعها) . (٣)

(٤) الجمع بين الصلاتين على وجه اختيار البعض : يجوز للمريض أن يجمع بين صلاتي الظهر والعصر ، وبين صلاتي المغرب والعشاء تقديما وتأخيرا في كل منهما ، لقوله تعالى : —

" وماجعل عليكم في الدين من حرج " ، وقياسا على الجمع للمسافر ، ويسن للمريض أن يراعي الأرفق بنفسه ، فمن كانت تعتريه الحمى في وقت الصلاة الثانية يقدمها بشروط جمع التقديم ومن تعتريه الحمى في وقت الصلاة الأولى يؤخرها بشروط جمع التأخير . (٤)

---

١) ينظر حاشية الباجوري جا ص ١٥١ ـ ١٥٢ ، الاشباه والنظائر ص ٧٧

٢) رواه البخاري . (٣) رواه النسائي في سننه .

٤) ينظر حاشية الباجوري جا ص ٢١٧ ، الاشباه والنظائر ص ٧٧ .

(٥) القعود فى خطبة الجمعة :ـ

من فرائض الجمعة ، وقيل من شرائطها ، خطبتان قبل الصلاة ، ويشترط فى الخطبتين قيام الخطيب فيهما ، وأن يجلس بينهما ، ويكون جلوسه بقدر الطمأنينة بين السجدتين ، أو قدر قراءة سورة الإخلاص ، ولو عجز الخطيب عن القيام لعذر المرض ونحوه ، خطب قاعدا ، فإذا لم يستطع خطب مضطجعا (ويفصل بين الخطبتين بسكتة) وصحت الخطبتان ، وصح الاقتداء به فى الصلاة ، ولو مع الجهل بحاله .(١)

(٦) التخلف عن الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة :ـ

صلاة الجماعة فى الفرائض غير الجمعة سنة مؤكدة عند البعض ، وقال النووى : الأصح أنها فرض كفاية ، لقول الرسول (ص) (ما من ثلاثة فى قرية أو بدو لاتقام فيهم الجماعة إلا استحوذ عليهم الشيطان ـ أى غلب ـ فعليك بالجماعة ، فإنما يأكل الذئب من الغنم القاصية) .

١) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص٢٢٥ـ٢٢٦ ، الاشباه والنظائر صـ ٧٧ .

فقوله (ص) (لاتقام فيهم الجماعة) يدل على أن الجماعة فرض كفاية ، لأنها لو كانت فرض عين لقال : (لايقيمون) ولابد من ظهور الشعار بإقامتها .

ولاتجب الجماعة على المريض ، الذى يجد مشقة فى صلاتها ، ويحصل له فضل الجماعة ، إذا كان قصده أن تصلى جماعة ، لولا عذر المرض ، لقول الرسول (ص) (إذا مرض العبد ، أو سافر كتب له ماكان يعمله صحيحا مقيما) (١) ، وهذا يدل على ثبوت الثواب والفضيلة للمريض الذى يمنعه مرضه عن الصلاة بجماعة .

وقيل : لايكون له فضل الجماعة ، لأن كل مايفيده عذر المرض أن يسقط عنه الإثم ، على القول بأن الجماعة فرض كفاية ، أو الكراهة على القول بأنها سنة . (٢)

ولاتجب الجمعة على المريض ، لكنها تنعقد بحضوره ، وتصح منه لو صلاها ، والمرض يكون عذرا إذا لم يحضر المريض مكان صلاة الجمعة فإذا حضر ، فليس له أن ينصرف إذا دخل وقتها ، ولا يكون فى انتظارها ضرر يلحقه ، أو إذا أقيمت الصلاة .

---

١) رواه البخارى عن أبى موسى الأشعرى .

٢) ينظر حاشية الباجورى جا ص ٢٠٠ ــ ٢٠١ ، الاشباه والنظائر ص ٧٧ .

وله أن ينصرف قبل دخول وقتها ، ولو لم يحصل له ضرره أو بعد دخول وقتها وزاد ضرره بانتظار أدائها ، ولم تقم الصلاة ، فإذا أقيمت امتنع عليه الانصراف ، إلا إذا وجد مشقة لاتحتمل عادة ، فيصح له الانصراف ، ولو بعد تحرمه ، لكن لاينصرف بعد تحرمه إلا لأمر شديد جدا ، لأن مشقة الحضور هي المانعة ، وهو قد حضر وهو محتمل لها .

ويسن للمريض أن يصلي الظهر بجماعة ، ويظهرها ، إلا إذا كان عذره خافيا ، فيسن له أن يخفيها ، حتى لايتهم بالعزوف عن صلاة الجمعة .

ولو صلى المريض الجمعة أجزأته ، وصحت صلاته ، وتغنيه من صلاة الظهر ، لأن الظهر إذا صحت ممن تلزمه الجمعة ، فأولى أن تصح ممن لاتلزمه ، لأن الأولى أتى بها لأداء ماعليه ، والثانية أتى بها المتبرع ، وفرق بين من يؤدي ماعليه من الدين ومن يتبرع وليس عليه شيء .(1)

(٧) الفطر في رمضان للمريض وترك الصيام للشيخ الهرم مع الفدية بالإطعام :-

---

1) ينظر حاشية الباجوري جا ص٢٢٠-٢٢١ ، الاشباه والنظائر ص٧٧

المريض الذى يرجى برؤه إن تضرر بالصوم يجوز له أن يفطر فى رمضان ، ثم يقضى ما أفطره بعد الشفاء ، فإن غلب على ظنه الهلاك ، أو ضياع منفعة عضو من أعضائه ، وجب عليه الفطر فإذا استمر فى صيامه حتى هلك ، ومات ، كان عاصيا لقوله تعالى : (ولاتقتلوا أنفسكم) ، ويجوز الفطر ولو طرأ المرض أثناء صيامه ، وإذا كان المرض مطبقا ومستمرا فللمريض أن يترك النية من الليل وإذا لم يكن مطبقا ، بأن كان يعاوده فى بعض الوقت دون بعضه ، مثل الحمى ، فإن كان وقت الشروع فى الصيام محموما فله أن يترك النية ، وإن كان غير محموم وقت الشروع فى الصيام فلا بد وأن ينوى الصيام ليلا ، فإن عاودته الحمى ، واحتاج إلى الفطر فإنه يفطر . (١)

والشيخ والعجوز الذى بلغ أقصى الكبر والمريض الذى لايرجى برؤه ، الذين يعجزون عن الصيام بحيث يلحقهم مشقة شديدة لاتحتمل عادة ، يفطر كل منهم ، ويطعم عن كل يوم مدا ، وهذه الفدية واجبة عليه ولو كان فقيرا ، لقوله تعالى :ـ

" وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين " .

---

(١) ينظر حاشية الباجورى جا ص ٢١٣ـ٢١٤ ، الأشباه والنظائر ص ٧٧ .

ولايجوز تعجيل المد قبل حلول رمضان ، ولايجوز تعجيل فدية يوم قبل دخول ليلته .(١)

(٨) الخروج من المعتكف وعدم قطع التتابع المشروط فى الاعتكاف :

الاعتكاف هو إقامة بمسجد بصفة مخصوصة، ولابد فيه من النية ، فإن أطلق الاعتكاف ، بأن لم يحدد له مدة معينة ،وشرع فيه ، ثم خرج من المسجد من غير عزم على العود انقطع اعتكافه مطلقا مهماكان سبب خروجه ، فإن عاد يجدد النية ، أما إن خرج من المسجد مع العزم على العود ، فلا يحتاج لتجديد النية عند العود لقيام هذا العزم مقام النية .

وإن قيد اعتكافه بمدة ، ثم خرج من المسجد لغير تبرز أو تبول بأن خرج للطعام أو نحوه ، انقطع اعتكافه ، فإن عاد جدد النية مالم يكن عازما على العود عند خروجه ، فإن كان عازما على العود قام هذا العزم مقام النية ،ولايحتاج إلى تجديدها .

وإن خرج للتبرز لم ينقطع اعتكافه ، لأنه ضرورة لابد منها ، فيكون كالمستثنى عند النية ،ولذلك لايجب عليه تجديد النية عند عوده .

---

١) ينظر حاشية الباجوري ج١ ص ١١٣-١٢٣ ، الاشباه والنظائر ص٧٧

وإن شرط التتابع فى مدة اعتكافه ، بأن نذر الاعتكاف قائلا : لله على نذر أن أعتكف شهرا متتابعا ، ثم شرع فيه ناويا الاعتكاف المنذور، أو شرع فى اعتكافه المندوب ناويا الاعتكاف شهرا متتابعا ، ثم خرج من المسجد لعذر لا ينقطع التتابع مطلقا ، سواء كان خروجه لتبرز أو غيره ، مثل نسيانه للاعتكاف ، أو حيض لاتخلو عنه المدة غالبا ، أو مرض لا يمكن المقام معه بالمسجد ، مهما طال الزمن ، ولا يلزمه تجديد النية عند عودته ، لكن يجب عليه أن يقضى مافاته زمن خروجه ، إلا زمن التبرز ونحوه مما لا يستغرق زمنا طويلا عادة كالأكل ، فلا يجب قضاؤه لضرورته ، فهو كالمستثنى ، بخلاف ما يطول زمنه كالمرض والحيض ونحوهما .

أما إن خرج لعذر يقطع التتابع ، كعيادة مريض ، أو زيارة قادم من سفر ، أو الوضوء خارج المسجد ، مع إمكان أن يتوضأ بالمسجد ، فإن التتابع ينقطع ، ويجب عليه الاستئناف فى الاعتكاف المنذور، ولا يجب عليه الاستئناف فى الاعتكاف المندوب. (١)

(٩) الاستنابة فى الحج وفى رمى الجمار :ـ

من شروط وجوب الحج الاستطاعة ، وهى نوعان : استطاعة

---

(١) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص ٣١٥ ومابعدها .

بالنفس ، واستطاعة بالغير ، وتكون الاستطاعة بالغير بوجوب إنابة من يفعل نسك الحج عن الميت المسلم الذى لم يؤد فريضة الحج ، ومات وهى عليه ، وتكون نفقته من تركة الميت ، كما تقضى منها ديونه ، وإذا لم يترك الميت شيئا يسن لوارثه أن يؤدى الحج عنه وإذا أداه أجنبى عن الميت جاز ، ولو بدون إذن ، مثل قضاء دين الغير بدون إذنه ، ولو أدى الحج عن الميت متطوع جاز ، بشرط أن يكون موثوقا به ، وقد أدى الفرض ، ولا يصح الإنابة بأن يتطوع شخص بالأجر ، ولا يقبل منه ذلك ، لما فى ذلك المال من المنة العظيمة ، بخلاف بذل العمل بأداء النسك ، ولهذا يستنكف الإنسان أن يستعين بمال غيره ، ولا يستنكف أن يستعين به فى عمل يرشده منه . (١)

ولولى المال كالأخ والعم دون غيره ، أن يحرم بالحج عن الصغير ولو كان مميزا وعن المجنون قياسا على الصغير ، بأن ينوى جعل الصغير أو المجنون محرما ، ولو لم يؤد الولى نسكه ، ويصير من أحرم عنه محرما بذلك ، ولا يشترط حضوره ولا مواجهته ، لكن لابد من إحضاره المواقف ، فيطوف به مع طهارتهما ، ويصلى عنه ركعتى الطواف

---

١) حاشية الباجورى ج١ ص ٣٢١-٣٢٢ .

ويسعى به ، ويناوله الأحجار، ليرميها إن قدر ، فإن لم يقدر رمى عنه من ليس عليه رمى ، هذا كله فى غير المميز .

أما الصبى المميز فيطوف ويصلى ركعتى الطواف ، ويسعى ، ويرمى الأحجار بنفسه ، ويكتب له ثواب ذلك ، لأن الصبى يثاب عن كل ما عمله بنفسه أو عمله له وليه ، ولا يكتب عليه معصية مطلقا ، لأن الإثم مرفوع عنه بنص الحديث . (١)

ومن واجبات الحج رمى الجمار الثلاث فى أيام التشريق الثلاثة بسبع حصيات لكل واحدة فى كل يوم منها ، ومن عجز عن الرمى أناب من يرمى عنه ، ولا يصح رمى النائب عن العاجز إلا إذا رمى عن نفسه أولا ، وإلا وقع الرمى عن نفسه . (٢)

(١٠) إباحة محظورات الإحرام مع الفدية والتحلل على وجه فإن شرطه فعلى المشهور :ـ

محظورات الإحرام ومحرماته عشرة أشياء ، ويشترط فى تحريمها العمد والعلم بالتحريم والاختيار مع التكليف ، فإذا فقد أحد هذه الشروط ، فلا يثبت تحريم ، أما الفدية فإذا كانت من باب الاتلاف

---

١) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص ٣٢١ .
٢) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص ٣٢٠ ـ ٣٢١ .

المحض ، مثل قتل الصيد ، أو قطع الشجر، فلا يشترط فى وجوبهـا عمد ولا علم ، وإن كانت من قبيل الترفـه فقط ، مثل التطيب واللبس والدهن يشترط فى وجوبها ذلك ، وإن كان فيها شائبة من الإتـلاف وشائبة من الترفـة فيغلب فيها شائبة الإتلاف ،مثل الحلق فلا يشترط فى وجوبها ماذكر ، وإن كان المغلب فيها شائبـة الترفـه ، مثـل الجماع يشترط فى وجوبها ذلك ، ولاتجب الفدية على غـير مكلـف مطلقـا .

وهذه المحظورات هى : لبس المخيط ، وتغطية الرأس أو بعضها من الرجل ،وتغطية الوجه أو بعضه من المرأة ، وترجيل الشعـر وتسريحه بدهن ونحوه ، وحلق الشعر أو نتفـه ، وتقليم الأظافـر من الأيدى والأرجـل ، والتطيب ، وقتل الصيد ،وعقد النكـاح لنفسه أو لغيره بوكالـة ونحوها،والوطء من عاقل عالم بالتحريم ، والمباشـرة فيما دون الفرج كالقبلة واللمس بشهوة .

وهذه المحظورات كلها من الصغائر ،إلا قتل الصيد ،والـوطء ، وعقد النكاح ، فهى من الكبائـر .

وفى كل هذه المحرمات تجب الفدية ، إلا أنها فى الحلق ،وقلـم الأظافر ، واللبس ،والدهن ، والتطيب ، والجماع الثانى ،والجمـاع بين التحليلين ،والمباشرة تكون على التخيير بين أن يذبح شاة تجزئ

مثل الأضحية ، أو يصوم ثلاثة أيام ، أو يتصدق بثلاثة آصع على ستة مساكين أو فقراء ، لكل منهم نصف صاع مما يجزئ فى صدقة الفطر .

وفى قتل الصيد تجب الفدية على التخيير بين ثلاثة أشياء :
إن كان الصيد مماله مثل أخرج المثل من النعم ، ويذبحه ، ويتصدق به على المساكين والفقراء بالحرم ، أو يقوم المثل نقدا ، ويشترى بقيمته طعاما ويتصدق به أيضا على المساكين والفقراء بالحرم ، أو يصوم عن كل مد يوما .

فإن كان الصيد مما لا مثل له ، فيخير بين إخراج طعام بقيمته ، والتصدق به ، أو صيام يوم عن كل مد .

وفى الوطء من العاقل العامد العالم بالتحريم تجب الفدية بدنة من الإبل فإن لم يجد يخرج بقرة ، فإن لم يجد فيخرج سبعا من الشياه ، فإن لم يجد يقوّم البدنة ، ويشترى بقيمتها طعاما ، ويتصدق به على المساكين والفقراء ، ولا يجزئه إخراج دراهم بدلا عنها ، فإن لم يجد طعاما صام عن كل مد يوما .

ولا يجوز قطع شجر الحرم ، وتضمن الشجرة الكبيرة ببقرة ، والصغيرة تضمن بشاة ، مما يجزئ فى الأضحية .(١)

---

(١) ينظر حاشية الباجورى جا ص ٣٣٦، ٣٤٥، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٥٠ .

(١١) التداوي بالنجاسات وبالخمر على وجه ، وإساغة اللقمة بها إذا غص بالاتفاق :ـ

من شرب الخمر، وهو مكلف عالم بالتحريم مختار لغير ضرورة يحد أربعين جلدة ، ويجوز أن يزيد ، الإمام إلى ثمانين جلدة على وجه التعزير ،وقيل تكون من الحد ،أما لو شربه لضرورة فلا حد عليه، بأن غص بلقمة ،ولم يجد غير الخمر ،فأساغها به ، لوجوب شربها عليه إنقاذا لنفسه من الهلاك ،فتكون الرخصة واجبة ،مادام لا يجد غيره فإذا وجد غيره ولو بولا أساغ اللقمة به ، وحرم إساغتها بالخمر ،فإن أساغها بالخمر حينئذ فلا حد عليه على المعتمد ،للشبهة .

ويحرم التداوي بالخمر الصرف ،لأن الرسول (ص) حينما سئل عن التداوي به قال : (إنه ليس بدواء ، ولكنه داء) ،ويحمل عليه قوله (ص) (لن يجعل الله شفاء أمتي فيما حرم عليها) فالمراد به الخمر الصرف ،ولو شربها للتداوي فلا حد عليه ، للشبهة .

وأما التداوي بما استهلك فيه الخمر فيجوز إذا لم يجد ما يقوم مقامه من الطاهرات ، مثل التداوي بالنجس غير الخمر ، مثل البول ولحم الميتة مادام لا يجد غيره .

ويحرم تناول الخمر للعطش ،لأنه لا يزيله ، بل يزيده ، لكنه لو شربه

لا حد عليه ، للشبهة ، إلا إذا تعين شربه لدفع الهلاك عن نفسه ، فيجب تناوله لدفع الهلاك ، لأنه يكون حينئذ مثل إساغة اللقمة بها لمن غص بها ، لأن كلا منهما يدفع الهلاك عن نفسه ، ويلحق بالهلاك تلف عضو أو منفعته . (١)

(١٢) إباحة النظر حتى للعورة والسوأتين :ــ

يحرم على الرجل ــ ولو كان شيخا كبيرا عاجزا عن الوطء ــ أن ينظر إلى أي جزء من جسد المرأة الأجنبية ولو كان الوجه والكفين ، إلا لحاجة مثل الشهادة عليها أو علاجها أو التعامل معها ، فيجوز له حينئذ أن ينظر لما يحتاج إلى النظر اليه ، من الوجه وسائر الجسد ، حتى يجوز له النظر إلى الفرج للشهادة على الزنا أو الولادة ، وإلى الثدي للشهادة على الرضاع ، لكن يحرم عليه النظر إلى شيء من جسدها لغير الشهادة وسواء كانت الشهادة تحملا أو أداء ، يحل النظر ، كما سبق .

ويجوز للطبيب المسلم الأمين أن ينظر إلى الموضع المحتاج النظر إليه في علاجه من جسد المرأة ولو كان فرجها ما دامت لا توجد طبيبة تعالجها

---

(١) ينظر حاشية الباجوري جـ٢ص ٢٤٤ــ٢٤٥ .

فإذا وجدت طبيبة ولو كتابية فإنها تقدم فى علاج المرأة المسلمة عن الطبيب المسلم ، وكذلك يجوز للطبيبة أن تنظر إلى موضع الداء من جسد الرجل ، مادام لايوجد طبيب من الرجال يعالجه ، بشرط أن لاينظر كل منهمـــا إلى أكثر من موضع الداء فقط ،وأن يوجد مع المرأة المريضة محرم عند علاج الطبيب لها .

ويجوز أن ينظر الرجل إلى وجه المرأة الأجنبية عند التعامل معهـــا بيعا أو شراء ،أو نحو ذلك .

ويجوز أن ينظر الرجل إلى وجه المرأة الأجنبية وكفيها التى يريـــد خطبتها ليتزوجها ،ولو بدون إذنها ،ولايجوز له النظر إلـــى غيرهـــا ، لأن فيهما الكفاية ، حيث يستدل على جمالها بالنظر إلى وجههـــا ، ويستدل على خصب جسدها بالنظر إلى الكفين .

ويجوز أن ينظر الزوج إلى ماسوى الفرج من زوجته ،وأما النظر إلـــى الفرج فيجوز مع الكراهـــة . (١)

---

١) ينظر حاشية الباجورى ج٢ص ٩٩ـ ١٠٢ .

الثالث : الاكـــراه

تعريفه لغـة : الكرة (بفتح الكاف) هو المشقة ، وقيـل : هي التي تنال الانسان من خارج فيما يحمل عليه باكراه. والكـــــره (بضم الكـاف) هو القهر ، وقيل : هو مايناله الانسان من ذاتـــه ، وهو يعافه ، فيقال : أكرهته على الامـر اكراها : حملته على قهرا . (1)

تعريفه اصطلاحا : الاكراه : فعل يفعله المرء بغيــــره ، فينتفي به رضـاه ، او يفسـد به اختياره مع بقاء اهلية المكــــره ، وهو نوعـان :

الاول : يعدم الرضا ، ويفسد الاختيار ، وهو الملجــىء ، ويكون بقتل ، اوقطع عضو من البـدن .

الثاني : يعدم الرضـا ، ولايفسد الاختيار ، يكــــون بالضرب او الحبس ، وهو غير الملجىء ، وكل منهما لايناني الاهليـــة ولا الخطاب .

---

(1) ينظر : المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني ـ كتاب الكاف ـ الكاف مع الراء (كره) ، ومختار الصحـــاح باب الكاف (كره) ، والمصباح المنير ـ (الكاف مع الـــراء ومايثلثهما (كره) ، والمعجم الوجيز ـ حرف الكاف ـ (كره) .

اختلاف الاصوليين في تكليف المكره :

اختلف علماء اصول الفقه في تكليف المكره على قولين ، كما يلي :

قال الامام فخر الدين ومن معه : اذا انتهى الاكراه الى حد الجاء المكره لايتعلق به حكم ، لعدم اختياره في هذه الحالة ، واذا لم يصل الاكراه الى حد الالجاء فيكون المكره مختارا ، ويكون مكلفا شرعا وعقلا .

وقال الغزالي : الاكراه يسقط اثر التصرف الا في خمس مسائل ، فانه لايسقط اثرها ، وهي :

١) اذا أسلم الحربي تحت الاكراه ، نعتبر اسلامه ، ويكون مسلما .

٢) اذا أكره شخص على أن يقتل غيره ، لايقتله ، ويصبره فان قتله كان اثما لان المسلم محرم قتله لايحق ، ويكون القصاص على المكره وعلى المكره وعلى المكرة معا ، لان المكره تسبب في القتل ، والمتسبب حكمه كحكم المباشر ، كما في شهود الزور في القصاص ، ولان المكره هو الذى حدث منه القتل حقيقة ومشاهدة ، فيكون القصاص منهما معا .

٣) اذا أكرهت امرأة على أن ترضع غير ولدها ، فيترتب على هذا الارضاع حكمه ، وهو ان يكون هذا الوضيع ابنا لهـــا ، ويحرم على جميع اولادها ، لانه أخ لهم من الرضـاع .

٤) اذا اكره على الزنـا ، فزنى يكون عليه الحد .

٥) اذا أكره انســان على طلاق زوجتـه .

وقد زاد غير الامام الغزالي مسائل كثيرة : فقد استثنـــى النووي مائة مسألـة ، لايؤثـــر الاكراه فيها ، لكنه لم يعدهـا .

قال السيوطـــي : وقد جمعت منها الكثيرة بعد أن امعنت النظر في تتبعهـا ، ورأيت ان الاكراه يتساوى مع النسيان ، والمسائل المذكورة تكون اما مـن باب ترك المأمور ، فلا يسقط تداركه ، ولايحصل الثواب المترتب عليه ، واما من باب الاتلاف ، فلا يسقط الحكـــم المترتب عليـه ، وتسقط العقوبـة المتعلقة بـه ، الا القتـــــل على الاظهر ، ومن هذه المسائل مايلـــي :

١) الاكراه على الحدث للمتوضيء ، وهذا من باب الاتلاف ، لانه اتلاف للطهارة ، ونقض لها ، ويستوي فيه العمد والنسيـــان والطوع والكره ، فلو أحدث ناسيا او مكرها ينتقض وضوءه ، وقيــل على وجه ضعيف في مس الفرج انه لاينقض اذا كان ناسيـا .

وتكثر الصور لو نوعت الصورة السابقة الى اسباب الحدث الاربعة والجماع .

٢) الاكراه على افساد الماء الطاهر باستعماله ، أو القاء نجاسة فيه ،أو خلطة بطاهر يغيره عن اوصافه ، يفسد الماء ، وهذا ايضا من باب الاتلاف ، ولافرق فيه بين العمد والاكراه.

٣) لو اكرهه انسان وألقاه فى نهر ، فنوى المكره فى النهر رفع الحدث الاصغر صح وضوء ، مطلقا ، كما فى كتاب الروضة .

وقال صاحب شرح المهذب: لايكون هذا على اطلاقه ، بل يصح وضوء ، ان نوى رفع الحدث ، وهو يريد المقام بالنهر ، ولو لحظة ، لانه فعل يتصور فيه القصد منه ، وان كان كارها للمقام فى النهر ، فقد تحقق الاضطرار من كل وجه ، فلا يصح وضوءه ، لانه لم تتحقق النية منه وهو كاره .

٤و٥) الاكراه على غسل النجاسة ، فغسلها ، فانها تطهر ، وكذلك الاكراه على دبغ جلد الميتة ، فانه يطهر ، لان هذا لايحتاج الى نية وقصد .

٦) الاكراه على التحول عن القبلة فى الصلاة ، تبطل صلاته ، لعدم تحقق شرط استقبال القبلة .

٧) اكراه المصلى على الكلام اثناء الصلاة ، يبطل الصلاة بهذا الكلام فى الاظهر ، لندرة حدوثه .

٨) اكراه المصلى على فعل يتنافى مع الصلاة ، تبطل بهذا الفعل قطعا ، لندرة حدوثه .

٩) اكراه المصلى على ترك القيام اثناء الصلاة فى الفـــرض، يبطل الصلاة .

١٠) اكراه من يريد الصلاة على تأخيرها حتى ينتهى وقتهـا ، فانها بانتهاء وقتها تصير قضـاء .

١١) اكراه المتصارفين اللذين يتباد لان الذهب بالفضــة او العكس ، على أن يتفرقا قبل القبض ، بطل ، كما يبطل مـــع النسيان فى التفرق ، لعدم تحقق القبض قبل التفرق ، كما ذكره صاحب كتاب الاستقصاء ، ويقاس عليه الجهل ، كما صرح به الماوردى ، وقياسه فى رأس مال السلم كذلك ، كما قال الزركشى .

١٢) لو ضرب شخص المتبايعين فى خيار المجلس ، حتـــى تفرقـا ، ففى انقطاع الخيار قولان .

١٣) الاكراه على أن يتلف مال غيره ، يطالب المكره بالضمان ، لمباشرته للاتلاف ، والاصح أن يكون قرار الضمان على المكره ، لان المكره مثل الاله فى يده .

١٤) الاكراه للمحرم على أن يتلف الصيد ، يكون الضمـــان على المحرم ، لمباشرته للاتلاف ، بخلاف ما اذا حلق شخص شعـــر المحرم مكرها ، فالاظهر أن لا يضمن المحرم ، لعدم مباشرته للحلق .

١٥) الاكراه للصائم على أن يأكل ، فقيل يفطر ، وقيل لا يفطر ، وصحح الرافعي انه يفطـــر .

١٦) الاكراه للصائم على الجماع في نهار رمضـان .

١٧) الاكراه للمحرم على الجمـاع .

قيـل : في المسألتين يفسد صومه وحجة قطعا ، لانه لا يمكـــن تصور اكراه الرجل على الوطء .

وقيـل : فيه الوجهان بالصحة والفسـاد ، مثل الناســـي ، وحكى الوجهين صاحب الروضـة بدون ترجيح .

١٨) اكراه المعتكف على الخروج من معتكفـه ، يبطل اعتكافه في أحد القوليـن ، مثل اكراه الصائم على الاكـل .

١٩) اكراه المودع على أن يعطي الوديعة لظالم ، فانـــــه يضمنها على الاصح ، ثم يرجع على من اخذها منه .

٢٠) الاكراه من المحرم او المجوسي على الذبح او الرمي ، لشخص غير محـرم ، او لمسلـم .

٢١) اكراه الحربي على اعتناق الاســلام .

٢٢) اكراه المرتد على العودة الى الاسلام .

٢٣) اكراه الذمي على اعتناق الاسلام ، على وجه ، والاصـح خلا فــــه .

٢٤) الاكراه على تخليل الخمر عبد من عين ، يحتمل الحاقة بالمختار ، ويحتمل القطع بالطهارة ، كما قال الاسنوى .

٢٥) الاكراه على الوطء لغير المحصن يصيره به محصنا .

٢٦) اكراه الزوج على وطء زوجته ، يستقر به المهر .

٢٧) اكراه المتزوج من المطلقة ثلاثا على وطئها ، تحل لمطلقها ثلاثا .

٢٨) اكراه رجل على وطء امرأة يحلقه نسب الولد .

٢٩) اكراه السيد على وطء امته ، تصير ام ولد .

٣٠) اكراه رجل على وطء غير زوجته يلزمه المهر .

وقال الاسنوى : فى مسائل الوطء الست السابقة : ان الوطء فيها كلها مثل اتلاف المال .

٣١) الاكراه على القتل ، يجب فيه القصاص على المكره فى الاظهر .

٣٢) الاكراه على الزنا ، لايجعله مباحا .

٣٣) الاكراه على اللواط ، لايجعله مباحا ، كذلك .

٣٤) الاكراه على الزنا يوجب الحد على قول .

٣٥) الاكراه على شهادة الزور ، والحكم بالباطل في قتل ، أو قطع ، أو جلد .

٣٦) الاكراه على المحلوف عليه ، في أحد القولين .

٣٧) الاكراه على طلاق زوجة المكره .

٣٨) الاكراه على بيع مال المكره .

٣٩) الاكراه على عتق عبد المكره .

اما لو أكره شخص اجنبي الوكيل على أن يبيع الشئ الموكل فيه ، ففيه احتمالان ، مثل نظيره من الطلاق ، كما قال الروياني ، والاصح منهما عنده عدم الصحة ، لانه المباشر .

٤٠) الاكراه على ولاية القضاء .

٤١) اكراه المحرم او الصائم على الزنا ، قيل : تفسد عبادته ، لان الزنا لايباح بالاكراه ، وعدم وجوب الحد عليه قد يرجح عدم افساد العبادة .

٤٢) لو اكرهه شخص على ترك الوضوء ، فتيمم ، فلا قضاء عليه عند الروياني ، وفيه نظر عند النووي والراجح ماذكره ، لانه في معنى من غصب ماؤه ، وقال الاسنوي : هما مختلفان ، لان الغصب كثير معهود ، اما الاكراه على ترك الوضوء فنادر الوقوع ، وعلى هذا فهو مستثنى .

٤٣) الاكراه على السرقة ، لايسقط الحد في قول .

٤٤) لو أكرهه على قتل مورثه ، يحرم من ميراثه على الصحيح .

٤٥) الاكراه على الرضاع بأن ترضع غير ولدها ، يحرم المرضعة على من رضع منها باتفاق .

٤٦) الاكراه على الارضاع الذي يترتب عليه انفساخ عقد النكاح على المرضعة ، يوجب المهر على الاصح ، وفي هذا نظر عند الاسنوي .

٤٧) الاكراه على القذف يوجب الحد في وجه .

٤٨) الاكراه بحق له ، وله صور متعددة ، وكلها تصح مع الاكراه ، وهي :

الاكراه على الاذان - وعلى اداء الصلاة - وعلى فعل الوضوء وأركان الطهارة - وفعل أركان الصلاة - وأداء الحج - وأداء الزكاة - وأداء الكفارة - وأداء الدين - وبيع ماله لسداد الدين - وأداء الصوم - والاستئجار للحج ، والانفاق على رقيقه - والانفاق على بهيمته - والانفاق على قريبه - واقامة الحدود - واعتاق العبد المنذور عتقه - واعتاق العبد المشترى بشرط العتق - وطلاق المولى اذا لم يطأ - واختيار من أسلم وله أكثر من اربع زوجات - وغسل الميت - والجهاد .

ومنه عند الاسنوى : ان يأذن شخص أجنبي لعبد فى بيع ماله ، فيمتنع العبد ، فيكرهه سيده ، فيصح ، بدون شك ، لان للسيد غرضا صحيحا فى ذلك : اما لتقليد امامه ، او اخذ اجره .

فهذه المسائل كلها لايؤثر فيها الاكراه ، وقد بلغت أكثر من سبعين صورة ، وبعض صورها باعتبار أنواعها فيها ما يقتضى التعدد ، وبهذا يبلغ العدد مائة صورة ، وفيها نحو عشر صور على رأى ضعيف .

تنبيـــــه

قال صاحب المنهاج فى الخلع : (وان قال : ان اقبضتنى ، فقيل : كالاعطاء ، والاصح كسائر التعليق ، فلا يملكه ، ولا يشترط للاقباض مجلس ، ويشترط لتحقق الصفة اخذه بيده منها ، ولو مكرهة) .

وهذا القول مشكل ، لان المعلق عليه اقباضها ، والاقباض مع الاكراه ملغى شرعا ، فلا يعتبر .

وقد حمل السبكى قول صاحب المنهاج على السهو ، ولم يذكر ذلك فى الروضة والشرح ، الا فيما اذا قال : ان قبضت منك ، لا فى قوله : ان اقبضتنى .

وعلل البلقيني ماتوهمه صاحب المنهاج بانعقاد انتقال من مسألة (ان قبضت) الى مسألة (ان اقبضتني) .

مايباح بالاكراه ومالايباح

متى يسع المكره أن يفعل ماأكره عليه ، ويباح له، ومتى لايسعه ذلك، ولايباح له ان يفعل ماأكره عليه ، تحت هذا صور متعددة كمايلي :

١) الاكراه على التلفظ بكلمة الكفر ، بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من اعضائه ، وسعه أن يظهر التلفظ بما أكره عليه ، ويوري في كلامه ، ويكون النطق بها مباحا ، وليس واجبا ، مع اطمئنان قلبه بالايمان ، لقوله تعالى : ((الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان)) وقد نزل عندما ابتلي عمار بن ياسر من المشركين بذلك ، وقال له الرسول (ص) : كيف وجدت قلبك؟ قال : مطمئنا بالايمان ، فقال له (ص) : فان عادوا فعد ، اى ان عادوا للاكراه فعد الى طمأنينه القلب ، ولايكون اثما لو نطقها مع اطمئنا قلبه بالايمان ، والافضل الامتناع عن نطق كلمة الكفر ، ولو صبر حتى قتل كان مأجورا ، لان صبر لاعزاز الدين ، واقتداء بالسلف ، قد صبر خبيب ، ولم ينطق بها حتى صلب ، فسماه الرسول (ص) سيد الشهداء ، وقال : هو رفيقي في الجنة ، وقيل : الافضل

التلفظ بها ، حفظا لنفسه ، وقيل : ان كان ممن يتوقع منهم العمل للاسلام ، ونشره ، ونكاية العدو ، وفي وجوده نفع للاسلام والمسلمين ، فالافضل ان يتلفظ بها ، لما في بقائه من خير عام للاسلام ، امـــا ان لم يكن كذلك فالافضل الامتناع .

٢) القتال المحرم لحق الله تعالى ، ولا يباح بالاكــراه من غير خلاف ، اما القتال المحرم للمالية فيباح بالاكراه ، مثــل نساء الحرب وصبيانهــم .

٣) الزنــا ، ولا يباح بالاكراه مطلقا بدون خلاف ، سواء أكان المكره رجلا أم امرأة ، لعظم مفسدته في المجتمع ، بــل ان مفسدته أفحش من الصبر على القتل .

٤) اللواط ، ولا يباح بالاكراه مطلقا ، بدون خلاف ، كمــا صرح صاحب الروضــة .

٥) القذف ، وقال العلائي : لم يتعرض له أحد ، وعنــد الاحناف انه يباح بالاكراه ، ولا يجب به الحد ، وهذا ماتقتضيــه قواعد المذهــب الشافعي .

ولكن نجد أن ابن الرفعة قد تعرض القذف والاكراه عليــه ، فقال : يشبه ان يلتحق بالتلفــظ بكلمة الكفر ، ولا يتعزر بــــه المقذوف ، فلا ينظــر الى تعلقه بــــه .

٦) السرقة : يظهر أن تلتحق باتلاف المال ، لانها أقل منه ، كما قال صاحب المطلب .

وصرح القاضي حسن وغيره باباحتها بالاكراه ، وقد جزم الاسنوي بذلك في التمهيد .

٧) شرب الخمر ، يباح بالاكراه قطعا ، استبقاء لحياته ، كما يباح لمن غص باللقمة أن يسيغها بالخمر ، ولكن لايجب شربها على الصحيح ، كما في الروضة .

٨) شرب البول او أكل الميتة ، ويباحان بالاكراه ، وفي وجوب ذلك قولان ، كما ذكره القاضي حسين ، وينبغي ان يكون أصح القولين هو وجوب الشرب والاكل بالاكراه .

٩) اتلاف مال الغير ، ويباح بالاكراه ، بل هو واجب قطعا ، كما يجب على المضطر أن يأكل مال غيره للضرورة .

١٠) شهادة الزور ، اذا كانت تؤدي الى قتل او قطع فانها تلحق بالقتل والقطع ، ويكون الاكراه عليها مثل الاكراه عليهما ، واذا كانت تؤدي الى اتلاف مال ، فانها تلحق به ، واذا كانت تؤدي الى جلد ، فهذا محل نظر ، لانه قد يفضي الى القتل ، كما قال صاحب المطلب .

وقال الشيخ عز الدين : لو أكره على شهادة زور ، أو حكم باطل في قتل او قطع او احلال بضع ، استسلم للقتل ، وإن كان يتضمن اتلاف مال لزمه اتلافه اذا أكره عليه حفظا لنفسه .

١١) الفطر في رمضان ، يباح بالاكراه ، لى يكون واجبا على الصحيح .

١٢) الخروج من صلاة الفرض ، يباح بالاكراه ، بل يكون واجبا على الصحيح .

فائدة : ذكر الاودني ضابطا للصور السابقة هو : ان مايسقط بالتوبة يسقط حكمه بالاكراه ، ومالايسقط حكمه بالتوبة لايسقط حكمه بالاكراه ، كما نقله صاحب الروضة .

ولكن اعترض عليه بأن شرب الخمر يباح بالاكراه ، مع ان حده لايسقط بالتوبة ، وكذلك القذف .

مايتصور فيه الاكراه ومالايتصور فيه

الاكراه لايمكن تصوره على فعل اى شئ من أفعال القلوب ، لانه لا سلطان لاحد من المخلوقات عليها ، وانما السلطان عليها لله تعالى وحده .

والاكراه على الزنـا ، قيل : يمكن تصوره، ووقوعه ، وهذا هـو الاصح ، لانه منوط بالايلاج .

وقيل : لايمكن تصور الزنا مع الاكراه،لان الايلاج لايكـون الا مع الانتشار، الذي لايحصل الا باختيار الزاني ، وبدافـع الشهوة منـه .

قال في التنبيـه : لايعذر أحد في تأخير الصلاة عن وقتهـا ممن فرضت عليهم ، الا النائم او الناسي او من اكره على تأخيرها .

وقد اعترض عليه بأنه لايمكن تصور الاكراه على تأخير الصـلاة، لان كل حالة من حالات الفعل تنتقل لما دونها ، الى امرار الفعـل على القلب ، وهو شيء لايمكـن الاكراه على تأخيره ، وهو يفعلـه بدون تأخيـر .

وقد صور صاحب شرح المهذب هذا بأن يكرهه على القيـام بما يتنافى مع اداء الصلاة في وقتها .

وقال القاضي زين الدين البلقيني : صورته ان يكرهـه على أن يأتي بالصلاة على خلاف الوجه المجزئ من الطهارة ، ونحوها ، والاكراه لايكون عذرا في الاجزاء ، لندرة حدوثه ، او يكره المحـدث على تأخير الصلاة عن وقتها ، بمنعه من الوضوء في الوقت .

وقال الشيخ تاج الدين السبكي : المكره قد يدهش ، حتى
عن الايماء بالطرف ، ويكون مؤخرا معذورا ، مثل المكره على الطلاق ،
لايلزمه ان ينوى اذا اندهش قطعا ،

مايحصل به الاكــــــــــراه

الاكراه على القتل لايحصل الا بالتخويف بالقتل ، او يخاف
المكره ان يوقع المكره به القتل ، اما الاكراه على غير القتل ففيه
سبعة أوجه ، وهى :

١) لايحصل ويتحقق الا بالتخويف بالقتل ،

٢) يحصل بالتخويف بالقتل او القطع ، أو الضرب الذى
يخاف منه الهلاك ،

٣) يحصل بما يسلبه الاختيار ، ويجعله يصير مثل الهارب
من الاسد ، فانه يتخطى كل مايعترضه من الاشواك او النيران بدون
مبالاة ، ولايكون من هذا التخويف بالحبس ،

٤) اشتراط عقوبة بدنية ، يتعلق بها قصاص ،

٥) اشتراط عقوبة شديدة تتعلق بالبدن ، مثل الحبس
الطويل ،

٦) انه يحصل بما ذكر ، بأن يأخذ ماله ، او يتلفه ، ويحصـل بالاستخفاف بأصحاب المكانات الرفيعة واهانة الاماثل ، مثـــــل الصفع امام الناس ، وتسويد الوجه وهذا عند العراقيين وصححــه الرافعي .

٧) يحصل بما يؤثر العاقل الاقدام عليه ، ليتجنـــــب ماهدد به ، وهنا يختلف باختلاف الاشخاص ، والافعـــــال المطلوبة ، والاشياء المخوف فيها ، لان الشئ وقد يكون اكراهـــا في امر دون غيره ، وقد يكون اكراها في حق شخص دون سوته .

فقد تكون الاكراه على الطلاق بالتخويف بالقتل ، والقطـــع ، والحبس الطويل ، والضرب الكثير او المتوسط الذي لايحتمله بدنـه ، ولم يكن معتادا عليـه ، وتخويف صاحب المكانة والمروءة بالصفــع امام الملأ ، وتسويد وجهه ، ونحو ذلك ، وقتل الوالد وان عـــلا أو الولد وان نزل ، على الصحيح ، ولايدخل فيه قتل سائر المحارم ، ويكون باتلاف المال ، على الاصح .

وان كان الاكراه على القتل ، فلا يكون من الاكراه التخويـــف بالحبس او قتل الولـــد .

وان كان الاكراه على اتلاف مال ، فيكون التخويف بكل ذلـك اكراها ، وهذا الوجه هو الاصح ، كما قال النووي ، لكن في بعــــض تفصيلة المذكور نظر عنده .

والتهديد بالنفي من بلده يكون اكراها على الاصح ، لشدة مفارقة الانسان لوطنه ، ولهذا كان عقوبة للزاني.

وتهديد المرأة بالزنا بها ، وتهديد الرجل باللواطة يكون اكراها .

شروط تحقق الاكراه :

لابد في كل ذلك من امور هي:

١) ان يكون المكره قادرا على ايقاع ماهدد به بولاية ، او تغلب ، أو فرط هجوم .

٢) ان يكون المكره عاجزا عن دفع ماهدد به ، بالهرب ، او الاستغاثة ، او المقاومة .

٣) ظن المكرة انه ان امتنع عن فعل ماأكره عليه سيوقع به المكره ماتوعده بفعله .

٤) ان يكون الامر الذي توعده به مما يحرم على المكره ان يفعله ، ولذلك لايكون اكراها لو قال ولي القصاص للجاني : طلق امرأتك ، والا اقتصصت منك .

٥) ان يكون ماتوعده به عاجلا ، ولذلك لايكون اكراها لو قال المكره : طلق امرأتك والا قتلتك غدا .

٦) ان يكون معينـا ، ولذلك لايكون اكراها لو قال لـه: اقتل زيدا او عمرا .

٧) ان يترتب على فعل الشئ المكرة عليه التخلص مــن الشئ المتوعد به ،ولذلك لايكون اكراها لو قال له: اقتل نفســك والا قتلتك ، او اقتل نفسك والا قتلت نفسي ، او كفرت ، او ابطلــت صومي ، او صلاتي .

٨) يشرط في الاكراه على كلمة الكفر أن يكون قلبه مطمئنـــا بالايمـان ، فلو نطق بها وهو يعتقد الكفر فقد كفره بلو نطـــق بها غافلا عن الكفر والايمان ، فقيل: يكون مرتدا ، وقيـــل : لايكون مرتدا ، كما في كتاب الحاوي ، والاية تدل على انه يكون مرتدا ، كما في كتاب المطلـب .

وفي الاكراه على الطلاق تأتي هذه الاحوال الثلاثة : ان يطمئن قلبه بعدم الطلاق ، ولاينويه ، واو ينطقها ناويا وقوعه ، او ينطقهـا وهو غافل عن وقوعه اوعدم وقوعه ، ولايشترط في الطلاق ان يوري ، بأن ينوي طلاق غيرها ، على الاصح . كما قال الماوردي .

وقد قال الامام الشافعي ، من أكره على شرب خمر ، أو علـى أكل شئ محرم ، يجب عليه أن يتقيأه اذا قدره كما قال صاحـب شرح المهذب .

هل يكون امر السلطان اكراهـــا

اختلف العلماء في تنزيل امر السلطان منزلة الاكراه علـــى قولـــين ، وهـــا :

القول الاول : لايكون أمر السلطان اكراها ، لان الاكـــراة لايكون الا بالتهديد الصريح ، مثل غير السلطان .

القول الثاني : انه يعتبر اكراها ، لوجود علتين هما :

١) ان الغالب من حال السلطان عند المخالفة السطوة .

٢) ان طاعة السلطان واجبة في الجملة ، وهذا يكـــون شبهـــة .

وقد صرح جمهور العلماء بما يدل على أن امر السلطان لاينزل منزلة الاكراه ، كما قال الرافعي .

وهذا الخلاف في أمر السلطان يجري الخلاف في امر الزعيـــم ، والمتغلب ، للخوف من وقوع المحذور عند مخالفتهم .

هل يكون حكم الحاكم وحكم الشرع في منزلـــة الاكـــــراه

تحت هذا صور متعددة يتضح حكم كـل منهـا بمـــــا يلـــي :

١) حلف الدائن ان لايفارق المدين ، حتى يستوفي حقه منه، فأفلس المدين ، ومنع الحاكم الدائن من ملازمته ، فقيل : يكون مثل المكرة ، وقيل : لايكون مثل المكره .

٢) حلف الزوج ليطأن زوجته الليلة، فوجدها حائضا ، لم يحنث ، مثل المكره على عدم الوطء .

٣) قال لزوجته : ان لم تصومي غدا ، فأنت طالق ، فحاضت ، فقيل : يقع الطلاق ، وقيل : لايقع ، كما في المكره ، كما قال الرافعي .

٤) ابتلع شخص طرف خيط ليلا ، وبقي طرفه الاخر خارجا ، ثم أصبح صائما ، فان نزع ما ابتلعه فقد أفطر ، وان تركه ، وصلى لم تصح صلاته ، لان الخيط متصل بنجاسه .

وطريق ذلك ان يجبره الحاكم على نزعه ، فيكون مثل المكرة ، فلا يفطر ، كما قال صاحب الخادم .

وقال ايضا : ولو نزعه باختياره لايفطر ، تنزيلا لايجاب الشرع منزلة الاكراه ، مثل : ما اذا حلف ان يطأ زوجته في هذه الليلة ، فوجدها حائضا ، فلا يحنث .

٥) لو حلف شخص لايحلف يمينا مغلظة ، ثم وجب عليه يمين ، وقلنا بوجوب التغليظ ، فانه يحلف ، ويحنث .

٦) لو كان للسيد عبد مقيد ، محلف بعتقه ان كان فى قيده عشرة أرطال ، وحلف بعتقه أن لايحله هو ولايحله غيره ، ثم شهد عدلان عند القاضى ان فى قيده خمسة أرطال ، فحكم القاضى بعتقه ، ثم حل القيد ، فوجوه عشرة ارطال ، فلا شئ على الشاهدين ، لان عتق العبد حصل بحل القيد ، وليس بالشهادة للتأكد من كذب الشاهدين ، لما قال ابن الصباغ .

تنبيه :

لو حلف رجل بالطلاق ان لايؤدى ماعليه من حق ، فيفتيه البعض ليتخلص من الحنث ان يرفع الامر للحاكم ، حتى يحكم عليه بالاداء ، فلا يحنث ، تنزيلا للحكم منزلة الاكراه .

ويعترض على هذا بما يلى :

١) ان الشيخين لم ينزلا حكم الحاكم منزلة الاكراه فى كل الصور ، ولم يجعلا ذلك قاعدة عامة ، بل جعلاه فى منزلة الاكراه فى بعض الصور ، ومخالفة فى البعض الاخر ، كما سبق ، والحاق هذه الصورة بالصور السابقة التى حكم فيها بعدم الحنث ، ليس أولى من الحاقها بالصور التى حكم فيها بالحنث .

٢) ان الاكراه بحق لا يؤثر في عدم النفوذ ، ولذلك يصح بيع من اكرهه الحاكم على بيع ماله لسداد دينه ، وطلاق المولي اذا أكرهه الحاكم ، لان الاكراه في الحالتين بحق .

والذي تطمئن له النفس هو القول بالحنث ، ولا يؤثر حكم الحاكم في منعه ، مادام معترفا بالحق فان كان منكرا له ، وثبت عليه الحق بالبينة ، فقد قوي عدم الحنث ، لزعمه انه مظلوم في هذا الحكم ، فلا يكون الاكراه بحق في دعواه ، ولا يقع الطلاق بالشك ، وعدم الحنث يكون في الظاهر .

ولو كانت البينة صادقة في الواقع ، وهو يعلم ان عليه ما شهدت به وقع باطنا .

وقال الزركشي في قواعده : ذكرا الرافعي ، في كتاب الطلاق ، لو قال الزوج لزوجته : ان اخذت حقك مني فأنت طالق ، فأكرهه السلطان ، حتى اعطى الزوج زوجته حقها بنفسه ، ففيها القولان ، كما في فعل المكره .

وقضيته ترجيح عدم الحنث ، والمتجه خلافه ، لانه اكراه بحق .

الرابـــع : النسيـــان .

الخامس : الجهـــل .

روى ابن عباس عن النبى (ص) أنه قال : (إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) (١) .

وهو متفق مع قول الله تعالى (ربنا لاتؤاخذنا إن نسينـــا أو أخطأنـــا) .

وقد قال الفقهاء قاعدة (النسيان والجهل مسقط للإثم مطلقا) والحكم : أن النسيان والخطأ إن وقعا فى ترك مأمول لم يسقط ، بل يجب تداركه ، ولايحصل الثواب المترتب عليه ، لعدم الائتمار

---

١) رواه ابن ماجة وابن حبان والحاكم والطبرانى والدار قطنى مع اختلاف فى بعض الألفاظ ، وهو حديث حسن صحيح ، والآية آخر سورة البقرة .

وإن وقعا فى فعل منهى عنه ، ليس من باب الإتلاف ،فلا شئ فيه وإن وقعا فى فعل شئ فيه إتلاف لايسقط الضمان .

وإن وقعا فى فعل شئ يوجب عقوبة كان شبهة فى إسقاطها ، لقوله (ص) (ادرءوا الحدود بالشبهات) وهذه الأقسام الأربعة تخرج منها مايلى :-

فالقسم الأول الذى يقع النسيان والخطأ فى ترك مأمول يتفرع منه مايلى :-

(١) من نسى صلاة حتى انتهى وقتها ، أو نسى صوم رمضان حتى انتهى رمضان ، أو نسى حجا فريضة ، أو نسى زكاة وجبت عليه فى ماله ، أو نسى نذرا أوجبه على نفسه ، وجب عليه أن يؤديها ويتداركه بالإتفاق .

(٢) من أدى مناسك الحج ، لكنه وقف بمكان غير عرفة ، وجب عليه قضاء الحج باتفاق ،لأن الوقوف بعرفة ركن من أركان الحج (١)

(٣) من نسى الترتيب فى الوضوء ،وجب عليه أن يعيد ماوقع من الأعضاء فى غير محله ،لأن الترتيب فرض من فرائض الوضوء (٢)

---

١) ينظر حاشية الباجورى جا ص ٢٩٨ .

٢) ينظر الباجورى ج ١ ص ٥٥ .

(٤) من نسى الماء فى رحله ، فتيمم وصلى ، ثم ذكره ، يتوضأ ويعيد صلاته ، لوجود الماء .

(٥) من صلى بنجاسة غير معفو عنها لا يعلمها ، أو يعلمها ، لكنه نسيها ، ثم تذكرها ، وجبت عليه الإعادة لكل ما تيقن أنه فعله مع النجاسة ، بخلاف ما احتمل حدوثه من النجاسة بعد أدائها . (١)

(٦) من نسى قراءة الفاتحة فى الصلاة ، يعيد صلاته ، ويقرؤها ، لأنها ركن من أركان الصلاة .

(٧) من تيقن الخطأ فى الاجتهاد فى الماء ، أو فى الاتجاه إلى القبلة ، أو فى طهارة الثوب ، وقت الصلاة ، أو فى الصوم بأن ظن دخول رمضان بالاجتهاد عند اشتباه رمضان بغيره ، بأن كان محبوسا ونحوه ، فصام ، ثم اتضح وتيقن أنه أخطأ ، فإن كان قد صام بعد رمضان يكون قضاء ، وإن كان قبله يكون نفلا ، ثم يصومه بعد ذلك فى وقته إن أدركه ، وإن لم يدركه قضاه ، أما إن اتضح أنه صام فى رمضان يكون أداء . (٢)

ومن تيقن الخطأ فى الاجتهاد فى الوقوف بعرفه ، بأن تيقن وقوفه بعد اليوم التاسع ، وأنه وقف فى اليوم الحادى عشر ، فلا يجزئهم لندرة الغلط فى هذا اليوم ، وهذا بالاتفاق ، ومثله

---

١) ينظر الباجورى جـ١ ص١٤٣ .

٢) ينظر الباجورى جـ١ ص٢٩٨ .

ما لو صادف وقوفهم اليوم الثامن ، فإن صادف العاشر صح وقوفهم ، وأجزأهم ، ولا قضاء عليهم ، لأنهم لو كلفوا به لم يأمنوا الغلط في العام الآتي أيضا .

ويستثنى ما إذا قل عدد الحجيج على خلاف المعتاد ، فإنه يلزمهم القضاء على الأصح لندرة ذلك . (١)

والفرق بين الغلط في اليوم الثامن واليوم العاشر من وجهين :

أحدهما : أن تأخير العبادة عن الوقت أقرب إلى الاحتساب من تقديمها عليه .

وثانيهما : أنه يمكن الاحتراز عن الغلط في التقديم لأنه إنما يقع لخطأ في الحساب ، أو لخلل في الشهود ، الذين شهدوا بتقديم الهلال .

أما الغلط في التأخير فقد يكون لغيم منع رؤية الهلال ، وهذا لا يمكن الاحتراز عنه ، بأن يغم الهلال فيكملوا ذا القعدة ثلاثين يوما ، ثم تقوم بينة برؤية الهلال ليلة الثلاثين .

أما لو وقع الغلط بسبب الحساب ، فلا يجزئ لأنهم قد فرغوا ، سواء اتضح لهم ذلك بعد اليوم العاشر أو في اليوم العاشر أثناء الوقوف ، أو قبل الزوال ، فوقفوا عالمين .

---

١) ينظر حاشية الباجوري جـ١ ص٣٢٥ ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص١٨٩

ونقل هذا الرافعى عن جمهور الصحابة ٠ (١)

ولو أخطأ الاجتهاد فى أشهر الحج ، فأحرم النفير العام فى غير أشهر الحج ، فقيل : تنعقد حجا ، مثل الخطأ فى الوقوف بعرفة فى اليوم العاشر ، وقيل : لاينعقد حجا ، لأن الفرق بينهما أننا لو أبطلنا الوقوف فى اليوم العاشر ، لأبطلناه من أصله ، وفى هذا إضرار ، بخلاف ماهنا فينعقد عمرة ٠

(٨) من وجدوا سوادا كثير من الناس فظنوه عدوا ، فصلوا صلاة الخوف ، فاتضح خلافه ، أعادوا الصلاة ٠

(٩) من دفع زكاة ماله إلى شخص ظنه فقيرا ، فاتضح أنه غنى ، أخرج زكاته ثانيا ٠

(١٠) من أناب غيره فى الحج وكان معصوبا نبرأ وشفى ٠ أدى الحج عن نفسه ٠

وفى كل الصور السابقة الصحيح عدم الإجزاء ، ووجوب الإعادة ، وقيل : تجزئ ٠

وقد نشأ الخلاف من أن هذه الأشياء هل هى من قبيل المأمورات التى هى شروط ، كالطهارة عن الحدث ، فلا يكون النسيان والجهل عذرا فى تركها ، لفوات المصلحة منها ٠ أو هى من

---

(١) ينظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص١٨٩ ـ ١٩٠ ٠

قبيل المنهى عنها مثل الأكل والكلام، فيكون عذرا ، ولكن الأظهر هو أنها من قبيل المأمورات .

(١١) من نسى نية الصيام وجبت عليه الإعادة بالاتفاق، لأنها فرض من فرائض الصيام ، ومن المأمورات . (١)

(١٢) ولو صادف صوم الأسير ونحوه الليل دون النهار، وجبت عليه الإعادة ، لأن الليل ليس وقتا للصيام مثل يوم العيد .

(١٣) ولو صلى أو صام فصادفت صلاته أو صيامه بعد الوقت أجزا بالاتفاق، قيل : يكون أداء، للضرورة ، وقيل : يكون قضاء ، لأنه خارج الوقت ، والأصح أنه يكون قضاء .

(١٤) ولو تفاضل شخص في مال ربوى ، وهو يجهل ذلك ، بطل العقد باتفاق ، لأنه يشترط فيه المماثلة والعلم بها ، فهو من باب ترك المأمورات .

(١٥) لو عقد بيعا أو نحوه على عين وهو يظن أنها ملكه ، فاتضح أنها ليست ملكا له ، أو عقد النكاح على محرم أو على امرأة محرمة عليه غير محرم ، وهو يجهل ذلك ، لا يصح العقد .

---

١) ينظر حاشية الباجورى جـ١ ص ٢٩٩ .

ومن فروع الفعل المنهى عنه الذى لايكون من باب الإتلاف مايلى :ـ

---

١ ـ من شرب خمرا ، وهو يجهل أنها خمر، لاحد عليه ولاتعزير .

٢ ـ لو قال شخص لآخر : أنت أزنى من فلان ، ولم يصرح فى لفظه بزنا فلان هذا ، لكنه كان قد ثبت زناه بإقراره أو ببنية ، والقائل يجهل ذلك ، فلا يكون قاذفا ، بخلاف مالو علم بزناه ، فإنه يكون قاذفا .

٣ ـ لو أتى بما يفسد العبادة ناسيا أو جاهلا ، مثل الأكل فى الصلاة والصوم ، أو فعل ماينافى الصلاة مثل الكلام وغيره ، والجماع فى الصوم والاعتكاف والإحرام ، أو الخروج من المعتكف ، أو العود من قيامه للركعة الثالثة إلى التشهد ، أو العود من السجود إلى القنوت ، أو الاقتداء بمحدث أو بمن عليه نجاسة أو أن يسبق الإمام بركنين ، ومراعاة المزحوم ترتيب نفسه إذا ركع الإمام فى الثانية ، وارتكاب محظورات الإحرام التى لاتكون إتلافا مثل اللبس والاستمتاع والدهن والطيب ، سواء جهل التحريم أو جهل كونه طيبا .

وحكم كل ماسبق عدم الإفساد ، وعدم الكفارة ، والفدية ، وفى أكثرها خلاف ، واستثنى من ذلك مايلى :ـ

١ ـ الفعل الكثير فى الصلاة ، مثل الأكل ، فإنه يبطلها فى الأصح

لأن هذا نـادر ٠

وقد ألحق البعض الصوم بالصلاة فى هذا الحكم ، لكن الأصـح أن الصوم لا يبطل بالكثيـر ، لأنه ليس نادرا لوقوع فيه ، بخـلاف الصـلاة ، لأ ن فيها هيئة تذكره ٠

٢ـ لو سلم بعد أن صلى ركعتين ناسيا ، وتكلم عامدا ، لظنـه إكمال الصلاة ، لاتبطل صلاته ، لظنه أنه ليس فى صلاة ٠

٣ـ ومثله : مالو تحلل من الإحرام ، وجامع ، ثم اتضح أنـه لـم يتحلل لوقوع رمى الجمار قبل نصف الليل ، لكن المذهب أنه لايفسد حجـه ٠

٤ـ ومثله : لو أكل ناسيا ، فظن بطلان صومه ، فجامع ، ففى وجه لايفطر ، قياسا على الصلاة ، ولكن الأصح أنه يفطر ، بشـل مالو جامع على ظن أن الصبح لم يطلع ، فاتضح أنه قد طلع ، فإنـه يفطر ، لكن لايجب عليه الكفارة ، لأنه قد وطأ معتقدا أنـه غـير صائـم ٠

٥ـ ومثله : من ظن طلاق زوجته بما وقع منه ، فأشهـد عليـه بطلاقها ٠

٦ـ لو اشـترى الوكيل شيئا معيبا ، جاهلا به ، فإنه يقـع عن الموكل ، إن كان مسـاويا لما اشتراه به ، وكذلك إذا لـم يكن مساويا له فى الأصح ، بخلاف ما إذا علم بالعيب ٠

وكل مسألة تدق ، ويغمض معرفتها ، هل يعذر فيها العامى ؟ وجهان والأصح منهما أنه يعذر ..

ومن فروع مايقع فيه النسيان والخطأ فى فعل شئ فيه إتلاف مايلى :-

١ - لو قدم غاصب لشخص طعاما للضيافة ، فأكله ، وهو يجهل أنه مغصوب ، يكون الضمان عليه فى أظهر القولين ، وكذلك لو أتلف مال نفسه جاهلا .

٢ - لو أتلف المشترى المبيع قبل القبض جاهلا ، يعتبر قابضا له فى الأظهر .

٣ - لو خاطب زوجته بالطلاق ، وهو يجهل أنها زوجته ، بأن كان فى ظلمة ، أو زوجها له وليه ولايعرفها ، أو زوجها له وليه وهو لايعلم ، وقع الطلاق وفيه احتمال الإمام ومثلها مالو نسى أن له زوجة ، فقال : زوجتى طالق .

وخرج عن حكم المسائل السابقة ما إذا استحق القصاص على رجل فقتله خطأ ، فالأصح أنه لايقع الموقع .

٤ - من فعل محظورات الإحرام التى هى إتلاف ، مثل إزالة الشعر والظفر وقتل الصيد جاهلا أو ناسيا لاتسقط عنه الفدية .

٥ - من حلف على شئ أن يفعله ، فتركه ناسيا ، أو حلف أن

لايفعله ففعله ناسيا للحلف ، أو جاهلا أنه المحلوف عليه ، فقيـــل : يحنث، وقيل : لايحنث ، ورجح الرافعى عدم الحنث ، لقـولـه (ص) (رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) وهو عام ، فيشمـــل كل خطأ أو نسيان إلا مادل دليل على تخصيصه ، مثل غرامة المتلفات .

فإن حلف لايفعل الشئ عامدا ولاناسيا ، فإنه يحنث بالفعـــــل مطلقا عمدا أو نسيانا كما ذكر .

فإن كان قد حلف على فعل فى الماضى ، بأن حلف أنه لم يفعـــل كذا فى الماضى ، ثم اتضح أنه فعله ، فإنه يحنث .

ومن فروع مايقع فيه النسيان والخطأ ويوجب عقوبة ويكون شبهة يسقطهـــا مايلـــى :ـ

(١) من وطأ بشبهة عليه مهر المثل ، وليس عليه الحد ، لوجود الشبهة وقد أتلف منافع البضـــع .

(٢) من قتل شخصا عمدا وهو يجهل حرمة القتل لاقصاص عليه .

(٣) من قتل شخصا خطأ ، يكون عليه الدية والكفارة ، وليـــس عليه القصـــاص .

(٤) إذا اقتص الوكيل ، وكان يجهل أن موكله قد عفا عن القاتـــل ، فلا قصاص عليه ، ويكون عليه الدية فى ماله والكفارة ، وليس له أن يرجع على من عفى عن القاتل ، لأنه قد أحـــس بالعفو .

وقيل : لادية على الوكيل ، وقيل : تكون الدية على العاقلة ، وقيل : يرجع على من عفى ، لأنه غرر به بالعفو ، ومثل هذا ما إذا أذن الإمام للولى فى قتل الجانية ، ثم علم الإمام بأنها حامل ، فرجع ، ولكن لم يعلم الولى برجوعه ، فقتلها ، يكون الضمان على الولى .

ــ وخرج عن هذا بعض الصور لايعذر فيها بالجهل منها مايلى :ــ

---

١ ــ إذا بادر أحد الأولياء فقتل الجانى ، وهو يجهل أن بعض الأولياء قد عفا عن الجانى ، فإن الأظهر وجوب القصاص عليه ، لأنه قد تعدى بانفراده .

٢ ــ إذا قتل شخصا يعلم أنه مرتد ، أو ظن أنه لم يعد إلى الإسلام ، فالمذهب أنه يجب القصاص عليه ، لأن ظن الردة لايفيد إباحة القتل ، ولأن قتل المرتد من حق الإمام ، وليس من حق الأفراد

٣ ــ من قتل شخصا عهده ذميا ، وجهل أنه قد أسلم ، فالمذهب وجوب القصاص ، لأن جهل الإسلام والحرية لايبيح القتل .

٤ ــ من قتل شخصا ظن أنه هو قاتل أبيه ، فاتضح أنه ليس هو القاتل ، فالأظهر وجوب القصاص لأن الواجب عليه أن يتحرى ويتثبت من أنه هو القاتل .

٥ ــ من ضرب مريضا ضربا يقتل المريض ولا يقتل الصحيح ، وهو يجهل

أنه مريض ، فمات ، فالأصح وجوب القصاص ، لأن جهله بمرضه لايبيح له أن يضربــه .

ــ وخرج عن هذا أيضا بعض الصور يعذر فيها بالجهل حتى فــي الضمان منها مايلــي :ــ

(١) إذا قتل مسلما بدار الحرب يظن أنه كافر ، فلا قصاص عليه لوجود الشبهة ، ولا دية عليه فى الأظهر .

(٢) إذا رمى مسلما تترس به المشركون ، فإن كان يجهل إسلامه فلا دية عليه ، وإن كان يعلم إسلامه فعليه الدية .

(٣) إذا أمر السلطان رجلا أن يقتل شخصا ظلما ، فقتلــــه وهو لايعلم أنه مظلوم ، فليس عليه القصاص ولا دية ولا كفارة .

(٤) إذا قتل الحامل فى القصاص ، فإن انفصل الجنين ميتا ، ففيه الغرة والكفارة ، وإن انفصل حيا ، فمات ، ففيه الدية .

فإن كان الولى قد استقل بالاستيفاء فيكون الضمان عليه ، وإن كان الإمام قد أذن له ، فإن كان الولى عالما أو جاهلا ، أو الإمام عالمــا والولى جاهلا كان الضمان على الإمام على الصحيح ، لأنه هو الــذى يتولى البحث ، وهو الآمر بالقتل ، وقيل فى وجه : يكون علــى الولى ، لأنه هو المباشر وقيل فى وجه آخر : يكون عليهما معا .

وإن كان الولى يعلم والإمام لايعلم ، اختص بالولى على الصحيح لاجتماع العلم والمباشرة . وفى وجه آخر : يختص بالإمام لتقصيره .

ـ من تقبل منه دعوى الجهل ومن لاتقبل :ـ

لاتقبل دعوى الجهل ممن جهل تحريم شىء مما يشترك فيه غالب الناس ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام أو نشأ بالبادية بعيدا يخفى فيها مثل ذلك ، مثل تحريم الزنا والقتل والسرقة والخمر والكلام فى الصلاة والأكل فى الصوم والقتل بالشهادة إذا رجعا ، وقالا تعمدنا لكن لم نعلم أنه يقتل بشهادتنا .

السادس : العسر وعموم البلوى ، ويرخص فيما يلى :ـ

---

(١) الصلاة مع النجاسة المعفو عنها ، فيعفى عن اليسير عرفا من النجاسة من الدم والقيح والصديد ودم البراغيث ، ونيم الذباب وهو روثه فى بدن المصلى أو ثوبه ، إلا إذا كان بفعله ، بأن لطخ نفسه به ، فلا يعفى عنه ، وكذلك إذا قتل البراغيث ، أو يحصر الدملى وكان كثيرا عرفا ويعفى عن قليل الدم من أجنبى بشرط أن لايكون من مغلظ ، ويعفى عن رزق الطير ولو كثر فى مكان الصلاة أو الطواف بالبيت ، لمشقة التحرز عنه ، بقيود ثلاثة : هى أن يشق الاحترازه

عنه ، بحيث لا يمكنه العدول إلى غير مكانه ، وأن لا يتعمد الوقوف عليه وعدم وجود رطوبة فى رجله ، أو كون الزرق رطبا ، ويعفى عن كل ما لا يمكن الاحتراز منه غالبا كطين الشارع ، ولو كان نجسا ، ويعفى عن محل استجماره فى الصلاة فى حق نفسه إذا لم يتجاوز الصفحة والحشفة .

ويعفى عن أثر نجاسة محسوسة لها جرم ، ولها طعم أو لون أو رائحة إذا بقى طعمها ، وتعذر إزالته ، وكذلك إذا بقى لونها أو ريحها ، ولا يكلف بإعادة الصلاة التى صلاها معها . (١)

ويعفى عن كل ما يشق الاحتراز عنه من النجاسة فى المطاف حول الكعبة ، مما تعم به البلوى ، مثل رزق الحمام ولو كثر ، (٢)

ويعفى عن كل ما يصيب الحب أثناء الدياس ونحوه من روث البقر أو بوله أو دوسه بأرجل المواشى ، مما لا يمكن التحرز عنه .

ويعفى عن نجاسة لا يدركها النظر وعن كل ما ليس له نفس سائلة وعن ريق النائم وعن لعاب الهرة وفمها ، بخلاف الحيوان الذى لا يكثر اختلاطه بالناس وأفواه الصبيان .

ويعفى عن غبار السرجيه ونحوه ،

ومن ذلك مشروعية الاستجمار بالأحجار مع بقاء بعض الأثر للنجاسة

---

(١) ينظر فى كل ما تقدم : حاشية الباجورى جـ١ ص١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٤٧ (٢) المصدر السابق جـ١ ص٣٢٥ - ٣٢٦ .

فى محل الاستجمار، للتيسير ، وإباحة استقبال القبلة أو أستدبارها عند قضاء الحاجة فى البنيان ، وإباحة مس المصحف للصبى المحدث ، لعدم التكليف ، لتيسير التعليم لـه ·

ومن ذلك جواز المسح على العمامة ، منعا لمشقة استيعاب الرأس ، ومن ذلك مسح الخف فى الحضر ، منعا لمشقة نزعة عند كـل وضـوء ، ولذلك يجب نزعه فى الغسل ، لعدم تكراره كما فى الوضوء ·

ومن ذلك عدم الحكم على الماء بأنه مستعمل مادام يتردد علـى العضو المغسول ، ولم يتجاوزه ومن ذلك عدم تأثر الماء بأن لا يضـره أن يتغير بالمكث الطويل أو بالطين أو الطحلب وكل ما يعسر صونه عنه

ومن ذلك إباحة الأفعال الكثيرة واستدبار الكعبة فـى صـلاة شـدة الخـوف ·

وإباحة صلاة النافلة على الدابة فى السفر مطلقا ، وإباحتها فى الحضر على وجه ، وإباحة القعود فى صلاة النافلة فى السفر والحضـر مـع القدرة على القيام ، وكذلك الاضطجاع ، والإبراد بصلاة الظهر فـى شدة الحر ، بخلاف الجمعة ، فالمستحب التبكير بها ، فلا إبـراد فيهـا ·

ومشروعية الجمع للصلاة فى المطر ، وترك الجمعة وصلاة الجماعة ، لوجود الأعذار المبيحة لذلك ، وعدم وجوب قضاء الصـلاة علـى الحائض ، لكثرتها وتكررها ، بخلاف الصوم ، وبخـلاف المستحاضـة

لندرة ذلك ، وإباحة أكل الميتة للمضطر وكذلك أكل مال الغير للمضطر ويضمن البدل . وأكل الولى من مال اليتيم إذا احتاج بقدر أجرة عمله ، وجواز تقديم نية الصيام على أوله ، وجوازنية الصيام بالنهار فى النفل ، وإباحة التحلل من الحج بالإحصار والفوات، وإباحة لبس الحرير لوجود حكة ، وإباحة القتال ، وبيع الرمان والبيض ونحوه فى القشر ، وبيع الموصوف فى الذمة وهو السَّلَم ، مع النهى عن بيع الغرر ، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة أو الأنموذج المتماثل ، ورؤية مايبرز من الدار عن الأساس ، ومشروعية الخيار بعد تمام البيع ، لما يحصل من عدم التروى فى البيع الذى يعقبه ندم فجاز الفسخ فى المجلس ، وشرع له أيضا ثلاثة أيام ، وكذلك مشروعية الرد بالعيب ، والتحالف ، والإقالة ، والحوالة ، والرهن ، والضمان ، والإبراء ، والقرض ، والشركة والصلح والحجر والوكالة والإجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والعارية والوديعة لوجود المشقة الكبيرة فى أن الإنسان لاينتفع إلا بما يملكه ، ولا يستوفى إلا ممن عليه حقه ، ولا يأخذه إلا حقه كاملا ، ولايتعاطى أموره إلا بنفسه ، فيسر الأمر أن ينتفع الإنسان بملك غيره ، عن طريق الإجارة أو الإعارة أو القرض ، وأن يمكن الاستعانة بغيره عن طريق الوكالة أو الإيداع أو الشركة أو القراض أو المساقاة ، وأن يستوفى حقه من غير المديون عن طريق الحوالة أو الوثيقة على الدين برهن أو ضامن أو كفيل أو حجر ، وباسقاط بعض الدين صلحا أو إسقاطه كله إبراء .

ومن التخفيف أن العقد الجائز يجوز ، ولا يلزم ، لأن لزومها يشق ، ويتسبب في عدم التعامل بها ، والعقود اللازمة تلزم حتى تستقر المعاملات بيعا وشراء ونحوه .

ومن التيسير إباحة النظر للخاطب عند خطبة للمرأة ، وإباحته للتعليم ، والإشهاد ، والمعاملة والعلاج .

ومن التيسير جواز العقد على المرأة بدون نظر ، لعدم المشقة على بعض الناس ، بخلاف البيع فيشترط فيه الرؤية ، لأنها لاتؤدى إلى مشقة .

ومن التيسير إباحة الزواج بأربع نسوة ، لكثرة النساء ، فلم يقتصر على واحدة تيسيرا عليهن ، ولم يزد على أربع حتى لا يشق على الرجال في العدل بينهن .

وفيه مشروعية الطلاق ، دفعا لمشقة الخلاف المستحكم بين الزوجين ، ومشروعية الخلع والافتداء والفسخ بالعيب ونحوه ، والرجعة والعدة بعد تطليقين لا مطلقا حتى لا تضار .

ومنه مشروعية الكفارة في الظهار واليمين ، لتكراره بخلاف كفارة الظهار والقتل والجماع في نهار رمضان ، لندرة وقوعها ، ولأن المقصود هو الزجر عنها .

ومنه مشروعية التخيير في نذر اللجاج بين ما التزمه أو الكفارة ،

لما فى الالتزام بالمنذر لجاجا من المشقة .

ومنه مشروعية التخيير بين القصاص والدية للتيسير على الجانـــى والمجنى عليـــه .

ومنه مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان مافاته من خير فى حياته ، فى حدود الثلث ، حتى لا يضار الورثـــة .

ومنه إسقاط الإثم عن المجتهدين الذين أخطأوا ، والاكتفاء منهم بالظن ، لأنهم لو كلفوا الأخذ باليقين لشق عليهم ذلك ، ويعسر عليهم الوصول إليـــه .

وبهذا نجد أن هذه القاعدة يتفرع منها معظم أبواب الفقه .

السابع : النقـــص :ـ

هو نوع من المشقة ، لأن النفوس جبلت على حب الكمال ، فكان المناسب هو التخفيف فى التكليفات كما يلـــى :ـ

عدم تكليف الصبى حتى يبلغ ، ولا المجنون حتى يفيق ، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال ، مثل صلاة الجمعة ، وصلاة الجماعة والجهاد ، والجزية ، وتحمل العقل .. ونحو ذلك وإباحة لبس الحرير وحلى الذهـــب ..

فوائـــد مهمــــــــــة(١)

الفائدة الاولى : في ضبط المشاق المقتضية للتخفيف :

تنقسم المشاق على قسمين : مشقة تنفك عنها التكاليـــــف الشرعية، وهي التي تجلب التيسيــر ، وقد سبق توضيحها ، ومشقـــة لاتنفك عنها العبادة غالبـا ، مثل مشقة البرد في الوضوء والغســـل ، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ، ومشقة السفر للحج والجهاد ، ومشقة ألم الحدود ورجم الزنـــا وقتل الجناة ، وهذه المشقة لاتوثيـر في اسقاط العبادات في كـل الاوقات .

وليس من الصواب استثناء البعض من ذلك جواز التيمم للخـوف من شدة البـرد ، لان المراد أن يخاف من شدة البرد حـــدوث مرض من الامراض المبيحة للتيـمم ، وهذا امر ينفك عنه الاغتســـال غالبا ، اما ألم البرد الذي لايخاف معه المرض المذكور ، فلا يبيــــح التيمم مطلقا ، وهو الذي لايبيح الانتقال الى التيـمم .

درجات المشقة التي لاتنفك عنها العبادات غالبـا :

١) مشقة عظيمة فادحة : مثل مشقة الخوف على النفـــس أو بعض الاطراف ، أو منافع بعض الاعضاء ، وهذه توجب التخفيف

---

(١) ينظر ص ٨٠ ومابعدها من الاشباه والنظائر للسيوطي .

والترخيص قطعا ، حفظا للنفس والاطراف ومنافعها ، ليستطيع المسلم القيام بمصالح الدين ، وهذا أولى من تعرضها للهلاك بسبب اداء عبادة او عبادات ، ولا يستطيع بعدها اداء كثير من العبادات والطاعات .

٢) مشقة خفيفة لا تؤثر : مثل أقل وجع في اصبع ، أو أدنى صداع بالرأس ، أو سوء مزاج خفيف ، وهذه لا تؤثر في أداء العبادة ، لانها مفسدة قليلة لا يؤبه بها ، وفعل العبادات وتحصيل مصالحها اولى من دفع مثل هذه المفسدة التي لا أثر لها .

٣) مشقة متوسطة بين المشقتين السابقتين : وهذه ينظر في كل منها على حدة ، فما كان منها قريبا من المشقة العظيمة الفادحة ، يكون مثلها موجبا للتخفيف ، وماكان منها قريبا من المشقة الخفيفة ، يكون مثلها لا يوجب التخفيف ، مثل الحمى الخفيفة ، أو الوجع اليسير للضرس ، ومايتردد في الحاقة بأيهما قد اختلف فيه ، والضابط هو أن قربه من احدى المشقتين السابقتين يلحقه بها .

وقد قال الشيخ عز الدين : ان الاولى في ضبط مشاق العبادات : أن تضبط مشقة كل عبادة بأقل المشاق المعتبرة في تخفيف تلك العبادة ، فان كانت مثلها ، أو تزيد عنها ، ثبتت الرخصة ولهذا اعتبر في مشقة المرض المبيح للفطر في الصوم ان يكون مثل

زيادة مشقة الصوم في السفر عليه في الحضر . واعتبر في اباحة محظورات الاحرام ان يحصل بتركها مثل مشقة القمل الوارد فيه الرخصة .

اما عبادة الحج ، فلا تترك الا بمشقة لايحتمل مثلها ، كالخوف على النفس ، او المال ، اوعدم الزاد او الراحلة .

وفي الصلاة يباح ترك القيام الى القعود اذا حصل به مايشوش الخشوع ، ويباح ترك القيام الى الاضطجاع اذا حصل ماهو اشق من ذلك ، لان الاضطجاع يتنافى مع التعظيم في العبادة ، اما القعود فهو مباح في الصلاة بدون عذر ، كما في التشهد ، ولذلك لايشترط فيه العجز بالكلية .

وفي اباحة نظر الرجل الى الوجه والكفين من المرأة يكتفى بأصل الحاجة ، اما النظر الى بقية اعضائها فيشترط فيه تأكيد الحاجة ، وضبط الامام التأكيد بالقدر الذي يجوز معه بالانتقال الى التيمم .

اما السوأتين فيشترط في النظر اليهما مزيد التأكيد للحاجة ، وضبط الغزالي مزيد تأكيد الحاجة بما لايعد التكشف بسببه هتكا للمروءة ، ويعذر فيه عادة .

تنبيهـــات

التنبيه الاول :

قد اعترض على ضابط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تخفيف تلك العبادة ، باشتراطهم في المرض المبيح للتيمم : أن يخاف معه تلف النفس ، أو عضو ، أو منفعة عضو ، أو حدوث مرض مخوف ، أو بطء البرء والشفاء ، أو شين فاحش في عضو ظاهر ، ومشقة السفر أقل من كل ذلك بكثير .

قال العلائي : لعل الفرق بين السفر والمرض ، ان في السفر بقصد أن لا ينقطع المسافر عن رفقته ، أو يحدث له ما يمنعه من التحرك في سفره طلبا للمعايش ، فاغتفر فيه أقل مما يلحق المريض ، وقد أشار الى هذا امام الحرمين .

وقد اعترض الشيخ عز الدين بما هو أكثر من هذا ، وهو عدم ايجابهم شراء الماء بزيادة يسيرة على ثمن المثل ، واجازتهم للتيمم ، وكذلك منعهم للتيمم اذا خاف شيئا فاحشا في عضو باطن ، مع ان ضرر الشين الفاحش اشد من ضرر اعطاء الزيادة القليلة في الثمن ، وخاصة اذا كان الذي يخاف الشين الفاحش رقيقا ، لان قيمته قد تنقص قدرا كبيرا ، وقد يكون اضعاف الزيادة اليسيرة في ثمن الماء ، ولم يجب احد على هذا الاعتراض .

التنبيه الثاني :

في كتاب الروضة نقلا عن الاصحاب : ضبط المرض المبيح للفطر ولاكل الميتة بالمبيح للتيمم .

الفائدة الثانية :

قال الشيخ عز الدين : تخفيفات الشرع ستة أنواع :

١) تخفيف اسقاط : مثل : الاسقاط بالاعذار لكل من : الجمعة ، والحج ، والعمرة ، والجهاد .

٢) تخفيف تنقيص : مثل : قصر الصلاة الرباعية .

٣) تخفيف ابدال : مثل : ابدال الوضوء والغسل بالتيمم ، وابدال القيام في الصلاة بالقعود او الاضطجاع أو الايماء ، وابدال الصيام بالاطعام .

٤) تخفيف تقديم : مثل : الجمع بين صلاتي الظهر والعصر تقديما ، والجمع بين صلاتي المغرب والعشاء تقديما ، وتقديم اخراج الزكاة قبل حلول الحول ، وتقديم زكاة الفطر واخراجها في شهر رمضان ، وتقديم كفارة اليمين على الحنث في اليمين .

٥) تخفيف تأخير : مثل : الجمع بين صلاتي الظهر والعصر تأخيرا ، والجمع بين صلاتي المغرب والعشاء تأخيرا ، وتأخير صيام رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير الصلاة لمن يشتغل بانقاذ غريق ، او نحوه من الاعذار المبيحة للتأخير .

٦) تخفيف ترخيص : مثل صلاة المستجمر ، الذى أزال الخارج النجس من القبل أو الدبر بالحجارة فقط ، مع وجود بقية النجو ، وشرب الخمر لمن كانت به غصة لا تزول الا بها ، وأكل النجاسة للتداوى ، ونحو ذلك .

٧) تخفيف تغيير : مثل تغيير نظم الصلاة فى الخوف ، وقال بهذا العلائى ، وزادة عن السابق .

الفائدة الثالثة :

تنقسم الرخص الى أقسام هى :

١) مايجب فعلها : مثل : أكل الميتة للمضطر ، والفطر فى الصيام لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش ، ولو كان مقيما صحيحا ، واساغة الغصة بتناول الخمر .

٢) مايندب فعلها : مثل : قصر الصلاة فى السفر ، والفطر لمن يشق عليه الصيام فى السفر او المرض ، والابراد بصلاة الظهر ، بأن يؤخرها الى وقت انكسار حدة الشمس قبل العصر ، والنظر من الخاطب الى المخطوبة .

٣) مايباح : مثل : بيع السلم .

٤) مايكون الاولى تركها : المسح على الخف ، والجمع بين الصلاتين ، والفطر فى الصيام لمن لا يتضرر لهما ، والتيمم لمن يجد الماء يثمن اكثر من ثمن المثل ، وهو قادر عليه .

٥) مايكره فعلها : مثل : قصر الصلاة في اقل من ثلاثة مراحل .

القاعدة الرابعة :

لو اتخذ سبب الرخصة لقصد الترخص فقط ، فهل يباح له الترخيص؟ (١)

تحت هذا صور متعددة منها مايلي :

١) لو دخل المسجد وقت الكراهة ، بقصد ان يصلي تحية المسجد ، فان صلاتها تكون مكروهة على الاصح . (٢)

٢) لو قرأ المصلي اية السجدة في الصلاة بقصد أن يسجد ، فاذا سجد للتلاوة بطلت الصلاة ، كما قال النووي ، وبه قال الشيخ العزبن عبد السلام .

وقال البلقيني : لو أراد قراءة اية السجدة في الصلاة بقصد السجود في الصلاة فلا ينهى عن ذلك ، وهذا يدل على الجواز .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٣ .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧ .

وقال القاضي حسين : لا يستحب أن يجمع المصلي آيات السجود وقراءتها دفعة واحدة من أجل السجود في الصلاة ، وهذا يقتضـــــي الجواز .

٣) لو أخر صلاة الفائتة ليصليها في وقت الكراهة ، يحرم عليه ذلك .

ومثل ذلك : أن يؤخر قضاء ما عليه من الصوم ، ليوقعه فـــي يوم الشك .

٤) ولو سلك في السفر الطريق الأبعد ، بقصد قصر الصـــلاة لا غيره ، فلا يقصر على الأصح .

٥) لو قصد المأموم بأصل الاقتداء أن يتحمل عنه الامـــــام قراءة الفاتحـــة وسجود السهو ، فإنه يحصل له ذلك .[1]

الفائدة الخامســة :

قال الإمام الشافعي : (إذا ضاق الأمر اتسع) ، وهـــذا بمعنى قاعدة (المشقـة تجلب التيسيـــر) ، وقد أجاب الامـــــام الشافعي بقوله في ثلاثـة مواضع ، هي :

---

(1) ينظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧ .

١) اذا فقدت المرأة وليها في السفر، تولت امرها رجلا، يصح ذلك .

فسألة يونس بن عبد الاعلى قائلا : كيف ذلك ؟ قال : اذا ضاق الامر اتسع .

٢) سئل عن حكم الوضوء من الماء الموضوع في أواني الخزف المعمولة بالسرجين، وهو الزبل ، فقال : اذا ضاق الامر اتسع . حكاه صاحب كتاب البحر.

٣) سئل عن الذباب يمكث على الغائط، ثم يطير ويقع على الثوب ، فقال : ان في طيرانه ما يجف به رجلاه ، والا فالشيء اذا ضاق اتسع . حكاه بعض شراح المختصر.

عكس القاعدة السابقة
((اذا اتسع الامر ضاق))

قال ابن ابي هريرة : وضعت الاشياء في الاصول على أنها اذا ضاقت اتسعت ، واذا اتسعت ضاقت .

ولذلك كان قليل العمل في الصلاة مسموح به للاضطرار اليه ، وكان كثيرة غير مسموح به ، لعدم الحاجة اليه، وكذلك بالنسبة لقليل البراغيث وكثيره .

وقد جمع الغزالي بين القاعدتين بقوله : كل ماتجاوز عن حده انعكس الى ضده .

ومثل هاتين القاعدتين في التعاكس قولهم : يغتفر في الدوام مالايغتفر في الابتداء ، وقولهم : يغتفر في الابتداء مالايغتفر في الدوام . (١)

-.-.-.-.-.-

---

(١) ينظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص٣٨ .

الضرر يُزَال

(الضرر) هو ضد النفع، وهو المكروه،[1] فكل مايكون مكروها من غير النفع هو ضرر، وقد جاءت القاعدة فى صورة جملة خبرية فى لفظها لكن يراد بها الإنشاء فى المعنى، والله تعالى قد أزال الضرر من كل التكاليف الشرعية، فلايوجد تكليف فيه شئ من الضرر، بل قد رفعه الله تعالى، ولن يأتى الضرر إلا من الإنسان لنفسه أويوقعه على غيره، فأصبح مكلفا بأن يزيل الضرر عن نفسه، لأنها ملك لله تعالى، ولا يصح له أن يوقع الضرر بغيره، لأنه لا يجوز إيقاع الضرر مطلقا، لأنها مزالة ومرفوعة، لأن الله حرمها.

دليل القاعدة: قوله صلى الله عليه وسلم: (لاضَرَرَ ولاضِرَار) هذا الحديث أخرجه مالك فى كتاب الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلا، فقد سقط منه الصحابى، فهو مرسل صحابى، وهو حجة فى أرجح الأقوال عند علماء الأصول، وأخرجه أيضا الحاكم فى كتاب المستدرك الذى استدرك فيه على مافى البخارى ومسلم ـ والبيهقى والدارقطنى من حديث أبى سعيد الخدرى، وأخرجه أيضا ابن ماجة من حديث ابن

(١) ينظر: المصباح المنير ٢ (باب الضاد والراء ومايثلثهما (ضرر) ومختار الصحاح (باب الضاد) (ضرر)، وينظر ص ٣٠ من هذا الكتاب.

عباس وعبادة بن الصامت غير مرسل ، فيكون الحديث قد روى مرسلا وروى غير مرسل ، وجاء من طرق متعددة .

معنى (لاضررَ ولاضِرارَ) : (لا) نافية للجنس و(ضرر) اسمها مبنى على الفتح ، وخبرها محذوف تقديره (جائز) و (ضرر) مصدر ضر، و(ضِرَار) مصدر ضار، والضرر فعل من واحد والضرار فعل اثنين ، وقيل : الضرر أن يضره من غير أن ينتفع ، والضرار أن يضره ابتداء .

وقيل : هما بمعنى واحد ، أى لا تلحق ضررا بنفسك ولا بغيرك ، وقيل : لا تضر غيرك ابتداء ولا جزاء إضراره بك ، فلا يجوز أن تقابل الضرر بضرار ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم يقول (لا تقابلوا الضرر بضرار) وهذه منزلة سامية ومرتبة عليا فى الخلق الكريم أن لا يقابل الإنسان إضرار الناس له بإضراره لهم ، وهذا هو ما ينبهنا إليه الحديث الشريف ، وأرشدنا إليه القرآن الكريم فى قوله تعالى (ولا تستوى الحسنة ولا السيئة ادفع بالتى هى أحسن فإذا الذى بينك وبينه عداوة كأنه ولى حميم) (١) وقوله سبحانه (فمن عفا وأصلح فأجره على الله) (٢)

قال السيوطى : اعلم أن هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه : من ذلك الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط ، والتغرير ، وإفلاس المشترى ، وغير ذلك ، والحجر بأنواعه ، والشفعة ، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة ، والقصاص والحدود ، والكفارات ،

---

(١) الآية رقم ٣٤ من سورة فصلت.
(٢) الآية رقم ٤٠ من سورة الشورى.

وضمان المتلف، والقسمة، ونصب الأئمة، والقضاة، ودفع الصائل، وقتال المشركين والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار، أو غير ذلك. وهي مع القاعدة التي قبلها متحدة، أو متداخلة. (١)

الشرح : هذه القاعدة من أهم القواعد، وهي إحدى القواعد الخمس التي اشتهرت عند العلماء، وقالوا إن جميع مسائل الفقه تعود وترجع إليها، وقد سبقها في الكتاب بترتيب السيوطي قواعد ثلاث هي على الترتيب الآتي : القاعدة الأولى : (الأمور بمقاصدها)، والقاعدة الثانية : (اليقين لا يزال بالشك) والقاعدة الثالثة : (المشقة تجلب التيسير) ثم هذه القاعدة الرابعة (الضرر يزال)، وبين قاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وقاعدة (الضرر يزال) ارتباط قوي، لأن رفع الحرج، وإزالة المشقة بالتيسير هو في معناه داخل في قولنا (الضرر يزال) لأن جميع المشقات تعتبر أضرارا، والله تعالى قد رفعها، وكذلك قاعدة (الضرر يزال) تتضمن معنى قاعدة (المشقة تجلب التيسير) لأن المعنى أن الله تعالى قد أمر بإزالة كل ضرر، وجعل التيسير يحل محل كل مشقة، لأنها ضرر، وبهذا لا يجد المسلم حكما يترتب على تنفيذه ضرر أو مشقة، فالمريض والمسافر والحائض والنفساء قد يسر الله لهم جميعا في صلاتهم وصيامهم، ورفع عنهم المشقة ويسر لهم في أداء عباداتهم، وأزال عنهم كل ضرر، فالمريض يمكنه الصلاة كيفما يستطيع نظرا لعذر المرض، والمسافر يصلي الفرض

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٨٤ للسيوطي.

الرباعي ركعتين قصرا ، ويجمع بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء ، والحائض والنفساء رفعت عنهما الصلاة أثناء الحيض أو النفاس فلا تصليانها وسقطت عنهما فلا تطالبان بأدائها ، بعد انتهاء العذر ، أما الصيام فلا يكلفان به أثناء العذر ، وبعد انتهاء العذر تقضي الحائض والنفساء الصيام فقط وقد يعترض البعض بأنه كيف يتفق هذا بأن الضرر يزال مع إقامة الحدود ، وهي القصاص في قتل العمد ، والرجم للزاني المحصن ، وغيرها مما يعتبر إيقاعا للضرر لا رفعا له ؟ .

ولكن الرد بأبسط قول : وهو أن الضرر الواقع على الجاني القاتل عمدا أو الزاني المحصن ضرر أخف مما أوقعه هو على المجني عليه المقتول أو المزني به ، وغيرهما لأن عدم إقامة الحد عليه ضرر أعظم وأشد ، حيث يترتب عليه فساد أمر الأمة كلها ، وتعدى الناس بعضهم على بعض في أنفسهم وأعراضهم ، بحيث لا يأمن إنسان على نفسه ولا على عرضه ولا على ماله ، فيفسد نظام المجتمع كله ، ويصبح أمر الناس فوضى ، ومن لاحظ أن في إقامة الحد ضررا على الجاني فَلِمَ لَمْ يلاحظ ما أوقعه الجاني من ضرر على المجني عليه ، وعلى أهله وعلى المجتمع ، وما يترتب على جريمة القتل إذا لم يقم الحد على القاتل من استمرار أهل القتيل في الأخذ بثأر قتيلهم من قاتله وتربصهم به حتى يقضوا عليه ، وإذا لم يقم الحد على الزاني رحمة به ، فهل لَمْ يلاحظوا أثر جريمته على المجتمع كله ، من اختلاط الأنساب ، وشيوع الفاحشة .

ولهذا كان إيقاع الجزاء وإقامة الحدود أقل ضررا مما لم نقم الحد ، فكان لابد من ارتكاب أخف الضررين .

فروع القاعدة التي تبنى عليها :

هذه القاعدة قد بنيت عليها مسائل فقهية كثيرة منها مايلي :

(١) الرد بالعيب: إذا وجد بالمبيع عيب موجود قبل القبض تنقص به القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح ، وكان الغالب في جنس ذلك المبيع عدم ذلك العيب كان من حق المشتري أن يرده ، لأن له حق خيار العيب ، وهو الذي يتعلق بفوات أمر مقصود بظن قد نشأ الظن فيه من التزام مشترط مثل أن يشترط في المبيع وصفا مثل كون الدابة ذات لبن أو حاملا .. الخ فلم يتحقق هذا الشرط ، أو نشأ عن تغرير من البائع مثل التصرية ، بأن يترك البائع حلب الدابة قبل بيعها مدة طويلة ليوهم المشتري أنها كثيرة اللبن ، فيكون للمشتري حق الخيار على الفور مادام جاهلا بما فعله البائع ، ويرد البائع صاعا من تمر بدلا من اللبن المحلوب مهما كانت كميته ، أو يرد ما اتفقا عليه خلاف الصاع ، أو نشأ عن قضاء عرفي مثل ظهور العيب الذي ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح .

ولابد من توفر الشروط الآتية في الرد بالعيب:

(أ) أن يكون العيب موجودا قبل تمام قبض العين المبيعة ، سواء كان مقارنا للعقد أم حدث بعده ، لأن المبيع حينئذ لايزال في ضمان البائع ، مادام القبض لم يتم بعد ، وكذلك إذا حدث العيب بعد القبض وكان الخيار للبائع وحده ، أو حدث بعد القبض واستند

إلى سبب متقدم على القبض،مثل تطحيد الرقيق بسرقة سابقة قبل البيع ويجهلها المشترى؛لأن تقدم سبب العيب كتقدمه ،ويشترط ألا يكون العيب ظاهرا وقت البيع بحيث يراه المشترى ،لأنه يعتبر مقصرا .

(ب) أن يخفيه البائع عن المشترى ،فلايظهره له حتى يعلمه ، أما إن أعلم به المشترى فلايحق له أن يرد المبيع بالعيب،لأنه يعلمه .

(جـ) بقاء العيب واستمراره بالعين المبيعة حتى يتم رد المشترى لها ،فإذا زال قبل الرد فلايجوز الرد بالعيب،لأنه قد زال ولا وجود له .

(د) أن لا يحدث عيب جديد بالعين المبيعة وهى عند المشترى فإذا حدث بها عيب فلايجوز للمشترى أن يرد العين المشتراة بالعيب .

(هـ) أن يرد المشترى العين المبيعة فور علمه بالعيب، ومرجع هذا للعرف،لأن توانيه وعدم رده للسلعة فور علمه دليل على رضائه بها ، فلايحق له ردها بالعيب مادام قد رضى به .

وبهذا يتضح أن الغبن الذى يكون بعدم خبرة المشترى ليس عيبا ،مثل من يشترى زجاجا على أنه جواهر ولم يغرر به البائع ، فإنه لايجوز له الرد بالعيب ،لأنه قد قصر فى البحث ليعرف حقيقة مايشتريه .

(٢) جميع أنواع الخيار:

مثل خيار الشرط، الناشئ من اختلاف الوصف المشروط ، وهو جائز لكلا المتبايعين ،كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لحبان بين منقذ الذى كان يغبن فى البيع والشراء : (إذا بعت فقل لا خلابة

ولى الخيار ثلاثة أيام)، فقد أثبت له الرسول صلى الله عليه وسلم البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام.

وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا خلابة) أي: لا غبن ولا خديعة.

وخيار المجلس: الأصل في البيع أن يكون لازما، لأن عقد البيع يقصد منه الملك والتصرف، وقد أثبت الشارع فيه الخيار مراعاة لمصلحة المتعاقدين، والخيار ثلاثة أنواع: خيار المجلس، وخيار الشرط وخيار العيب، وخيار المجلس يثبت جبرا على المتعاقدين حتى لو شرطا نفيه يبطل البيع، فيكون للبائع والمشترى خيار المجلس في أنواع البيع ما لم يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد، أو يختارا لزوم العقد، فلو اختار أحدهما لزوم العقد ولكن الآخر لم يختر فورا فقد سقط حق الأول في خيار المجلس، وبقى حق الثاني في خيار المجلس. وهذا كله عند الشافعية والحنابلة مستدلين: بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) وهذا الحديث رواه البخاري عن ابن عمر رضى الله عنهما، ورواه أيضا البخاري عن ابن عمر بلفظ قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر) ورواه أيضا عن حكيم بن حزام رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا).

وكل هذه الروايات تجعل الخيار لكلا البائعين في المجلس ما لم يتفرقا من المجلس، وانفردت الرواية الثانية عن ابن عمر أن لهما الخيار أيضا ما لم يقل أحدهما للآخر اختر.

وقال الاحناف والمالكية: إذا تم الإيجاب والقبول في البيع فقد تم ولزم ولا خيار لأحدهما إلا من عيب أو عدم رؤية ، ولا يثبت لأحد منهما خيارا لمجلس، وقد استدلوا بما يلي :

(١) قوله تعالى : (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (١) والبيع عقد تم فلزم الوفاء به قبل التخيير، ولا يثبت خيار المجلس لتمام العقد ولزوم الوفاء به.

(٢) قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٢) وعقد البيع بعد تمام الإيجاب والقبول أصبح تجارة عن تراض، ولا يتوقف على التخيير، لأن الله تعالى قد أباح الأكل من المبيع قبل خيار المجلس، فلا يثبت هذا الخيار.

(٣) قوله تعالى : (وأشهدوا إذا تبايعتم) (٣) فقد أمر الله تعالى بالتوثيق بالشهادة ، حتى لا يجحد أحد البيع، وهذا معناه أن عقد البيع قد تم ولزم قبل خيار المجلس، فلا يثبت خيار المجلس . فهذه الآيات كلها تثبت تمام العقد ولزومه قبل الخيار، لأنه قد تم الرضا بالإيجاب والقبول ، لأن التجارة لا تتم إلا عن رضا ، وأبيح الأكل بعد الرضا لأنه تجارة عن تراض.

---

(١) الآية رقم ١ من سورة المائدة.
(٢) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .
(٣) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة.

أما الحديث الذى أورده الشافعية والحنابلة (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) فالمقصود منه فى قوله (البيعان) أى من يشتغلان بالبيع لا من تم عقد البيع بينهما ، وهذا يصدق على حالة المساومة فى البيع والشراء لا من تم العقد بينهما .

أما حديث حبان بن منقذ فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أثبت له خيارا آخر غير خيار المجلس وهو الخيار ثلاثة أيام ، وليس فيه إثبات لخيار المجلس .

وأيضا هذان الحديثان رواية آحاد لا تنسخ الآيات القرآنية السابقة . (١)

---

(١) ينظر الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ٨١ـ٨٢ ، وشرح الباجورى على ابن قاسم على متن ابى شجاع جـ ١ ص ٣٦٠ ـ ٣٦١ .

وخيار الزوجة :

من الخيارات خيار الزوجة إذا وجدت فى زوجها عيبا يتعارض مع أغراض الزواج كالجب والعنة والخصاء والخنوثة فإن لها الخيار بأن ترفع الأمر إلى القاضى حتى يحكم بالفرقة بينهما لرفع الضرر عنها .

فجميع هذه الخيارات التى يختلف فيها الوصف يجوز للمشترى وغيره أن يرد بالعيب لدفع الضرر .

(٣) التغرير : وهو أن يوهم البائع المشترى بأن المبيع سليم ، وهو ليس كذلك ، وهذا محرم ومنهى عنه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، فإن سلامة المبيع قد تختلف بعد ظن المشترى تحقيقها لتغرير البائع له ، فيكون الخيار لرفع الضرر عنه .

(٤) - إفلاس المشترى: قال الشافعية : من اشترى سلعة من رجل والسلعة باقية فى يده بعينها ، وحكم القاضى بإفلاسه وحجر عليه، وعليه ديون لغير صاحب هذه السلعة ، فإن القاضى يرد هذه السلعة لصاحبها الذى باعها للمدين المفلس ، مادامت السلعة بعينها لدفع الضرر عنه ، ولا يشترك معه بقية الغرماء فى ثمنها ، لقوله صلى الله عليه وسلم (أيما رجل أفلس فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به)[1] ، ولأن عجز المشترى المفلس عن دفع الثمن يوجب حق فسخ البيع ، كما إذا عجز البائع عن تسليم السلعة المبيعة فإنه يجب فسخ البيع لأن هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بين الطرفين

(١) - رواه أبو هريرة رضى الله عنه .

البائع والمشترى ، ولا يقال إن قياس حالة العجز عن دفع الثمن على حالة العجز عن تسليم المبيع قياس مع الفارق فلا يصح ، لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ ، بخلاف المبيع فإنه عين يَرِدُ عليها الفسخ ، لأننا نقول : إن هذا ينتقض بحالة بيع السلم ، فإن المُسْلَم فيه (العين المبيعة) دين فإذا تعذر تسليمه لانقطاعه عن الأيدى ، كان من حق صاحب السلم أن يفسخ العقد .

وقال الأحناف : إن صاحب السلعة يكون مثل بقية الغرماء الدائنين يشترك معهم في ثمنها ولا يستحقها وحده ، لأنه بالحكم بإفلاسه قد أصبح عاجزا عن تسليم السلعة المبيعة ، لأن موجب العقد هو ملك الثمن ، وهو يملك به دينا في الذمة ، والذمة لا زالت باقية بعد الإفلاس كما كانت باقية قبله ، لأن الذمة توجد عند المفلس والملئ ، فهما سواء في بقائها .

أما ما أستدل به الشافعية من حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (أيما رجل أفلس فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به) فهو مؤول على أن المقصود به أن المشترى كان قد قبضه على شرط الخيار للبائع ، وهو معارض بحديث آخر رواه الخصاف بإسناده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه)[1].

(وغير ذلك) : مثل ما إذا أعسر الزوج ولم ينفق على زوجته فإن لها الحق طلب الفسخ لرفع الضرر عنها .

(١) - ينظر ص ١١٠ من هذا الكتاب وما بعدها ، وينظر فتح القدير جـ٧ ص ٣٣٠- ٣٣١ .

ولأنه ضرر متجدد ، وهذا عند الشافعية بخلاف رأى الأحناف فقد قالوا : إنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لإعساره بالنفقة أو امتناعه عن الإنفاق عليها ، لأنه يمكن أن تستدين على الزوج بأمر القاضى ، أما لو فسخ القاضى الزواج لإعساره فلا يمكن رفع هذا الضرر الذى لحق على الزوج.

أما الضرر الواقع على الزوجة من عدم الانفاق عليها فقد أمكن جبره بالاستدانة على الزوج حتى يتيسر له الحال ، لأن المال غاد ورائح .

(والحجر بأنواعه): الحجر فى اللغة : هو المنع ، وفى اصطلاح الفقهاء هو المنع عن التصرف فى المال ، وأنواعه : حجر للصغر أو للجنون أو للسفه أو للإفلاس ، أو لمرض الموت ، أو للرق وهذا عند الشافعية .

أما عند الأحناف : فقد اختلفوا فى الحجر بسبب السفه ، وهو تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فقال الإمام أبو حنيفة : لا يحجر على السفيه الذى يبذر ماله ويتلفه فيما لا غرض ولا مصلحة فيه ما دام بالغا عاقلا حرا ، لأنه مخاطب عاقل ، فهو مثل الرشيد لا يحجز عليه ، ولأن فى الحجر عليه سلب لولايته ، ويترتب على سلب ولايته إهدار آدميته ، وهذا أشد ضررا من التبذير فى المال فلا نرتكب الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى ، ويمكن دفع ضرر التبذير بمنع المال من يده مع عدم الحجر عليه ، لأن الحجر عليه أبلغ عقوبة من منع المال عنه ، ولأن منع المال عنه مفيد حيث لن يستطيع أن يتبرع أو يهب شيئا من ماله وهو بعيد عن يده .

وهو ليس مثل الصبي لأن الصبي عاجز عن النظر لنفسه ، والسفيه قادر على النظر لنفسه .

وقال أبو يوسف ومحمد : يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله ، لأنه مبذر لماله ويصرفه على غير ما يقتضيه العقل ، فهو مثل الصغير بل هو أولى من الصغير بالحجر ، لأن الحجر على الصغير لاحتمال تبذيره ، أما في السفيه فقد تحققنا من تبذيره ، ومنع المال عنه بدون الحجر عليه لا يفيد لأنه يضيع بقوله ما منعناه عن يده .

والراجح في مذهب الأحناف هو قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد الذين يوافقان الشافعية في القول بالحجر على السفيه .

وقد شرع الحجر إما لدفع الضرر عن المحجور عليه كالصغير والمجنون والسفيه ، وإما لدفع الضرر عن غيره كالمفلس ، فإن الحجر لدفع الضرر عن الغرماء ، والمريض مرض الموت فإن الحجر عليه لدفع الضرر عن الورثة ، والرقيق فإن الحجر عليه لدفع الضرر عن سيده .

والشفعة : عرفها الشافعية بأنها (حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث بسبب الشركة بالعوض الذي ملك به) (1)

وشرعت عندهم لدفع الضرر عن الشريك المخالط خلطة الشيوع ولا تثبت للجار ولو كان ملاصقا ، لما رواه البخاري : (قضى الرسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت

---

(1) شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع جـ٢ ص١٦ .

الطرق فلا شفعة) . ومعنى الحديث : حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في المشترك الذي لم تقع فيه القسمة بالفعل، مع كونه يقبلها

(فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) أى فإذا وقعت حدود القسمة بين الشريكين ، وبينت الطرق فلا شفعة ، أى إذا قسم فلا شفعة، ولأن حق الشفعة قد جاء على غير القياس ، لأن فيه تملك المال جبرا عن صاحبه بدون رضاه ، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، فلا يتعدى إلى غيره .

وإنما شرعت لدفع الضرر عن الشريك لأن اشتراك الشريك الجديد في المرافق وغيرها قد يؤدى إلى تضييقها ، وإلى حدوث نزاع بين الشريكين القديم والجديد ، ولأن في الإلزام بالقسمة التزام بنفقات القسمة ، وقد لا تكون ميسورة ، وهذا إنما يكون فيما لم يقسم ، أما غيره فلا يلزم مال لأنه لا شركة فيه .

وعرفها الأحناف بقولهم : الشفعة : حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار (١)

وشرعت عندهم لدفع الضرر عن الخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ، ثم للجار ، ويكون لكل منهم على الترتيب المذكور ، لقوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة لشريك لم يقاسم) وقوله صلى الله عليه وسلم : (جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا) وقوله صلى الله عليه وسلم : (الجار أحق بسقبه . قيل يارسول الله : ماسقبه ؟ قال : شفعته) . وفي رواية أخرى : (الجار أحق بشفعته) .

---

(١) فتح القدير على الهداية جـ ٧ من ٤٠٦ حتى ٤١٠

ولأن ملك الشفيع
متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال قياسا على ما ورد به الشرع وهو مالا يقسم ، فيكون في معناه ويأخذ حكمه ، لأن الاتصال على جهة التأبيد والقرار هو السبب في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار ، لأن الجوار هو مبعث الضرر من تصرفات تؤذى الجار ، بقطع هذه الصلة التى يتولد منها الضرر يكون بتملك الشفيع ، لأن الضرر الذى يقع عليه أقوى ، أما دفع مال القسمة فإن الشفيع لو لم يأخذ المبيع بالشفعة فإن المشترى يطالبه بالقسمة فتلزمه نفقاتها وهذا ضرر به ، فمكنه الشرع من أخذ الشفعة ليدفع الضرر عن نفسه .

والقصاص :

يجب القصاص في القتل العمد العدوان ، لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى .... الخ) [1] أما القتل الخطأ والقتل شبه العمد ففى كل منهما الديه وليس القصاص .

فقتل العمد ما يكون بأن العمد القاتل ضرب المجنى عليه بشئ يقتل غالبا ، ويكون الواجب فيه القصاص ، إلا إذا عفا عنه أولياء الدم فيجب على القاتل ديه مغلظة من ماله .

---

(١)- الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .

وشرع القصاص لدفع الضرر عن المجتمع ، لأن في قتل القاتل تحقيق مصلحة عامة للمجتمع كله ، لقوله تعالى (ولكم في القصاص حياة)[1] إذ يفكر من يريد قتل غيره في عدم ارتكاب جريمته فلا يقتل غيره بعد أن يعرف أن جزاءه القصاص ، فيكون قد حفظ نفس غيره من القتل ، وحفظ نفسه من القتل قصاصا ، ويعيش كل إنسان آمنا على نفسه في المجتمع ، ويكون في القصاص حياة للجميع ، فيكون في قتل القاتل عدا القصاص إزالة للضرر عن المجتمع .

والحدود : الحد جمع حد ، والحد في اللغة هو المنع ، وسميت الحدود بذلك لأنها تمنع من ارتكاب الفواحش ، وقد يطلق الحد في اللغة على نهاية الشيء أو على الحاجز بين شيئين .[2]

والحد في اصطلاح الفقهاء : هو عقوبة مقدرة وجبت على من ارتكب ما يوجبها .

---

(١) الآية رقم ١٧٩ من سورة البقرة

(٢) المصباح المنير جـ باب الحاء مع الدال وما يثلثهما (حدد) ، ومختار الصحاح باب الحاء (حدد)
وينظر ص ٢٢٢ من هذا الكتاب ،

وهو يخالف التعزير الذى هو عقوبة غير مقدرة ، بل موكولة إلى رأى الإمام .

وشرعت الحدود لدفع الضرر ، ومنع الناس من ارتكاب ما يوجبها .
وأنواع الحدود هى : حد الزنا وهو الرجم للمحصن والجلد مائة جلدة لغير المحصن وتغريب عام إلى مسافة القصر ، وحد القذف ، وهو ثمانون جلدة وحد شرب الخمر وهو أربعون جلدة وقد تزيد وتصل إلى ثمانين للحر للتعزير ، وحد السرقة وهو قطع اليد لمن سرق ما لا يقل عن ربع دينار من حرز ويكون بالغا عاقلا ، وحد قطع الطريق ، إن قتل قطاع الطريق شخصا عمداً عدوانا لكن لم يأخذوا مالا قتلوا ، أما إن قتلوا خطأ أو شبه عمد لم يقتلوا ، فإن قتلوا عمدا وأخذوا المال الذى يساوى نصاب السرقة قتلوا و صلبوا ، وإن أخذوا المال لكن لم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن أخافوا الطريق ولم يأخذوا مالا ولم يقتلوا حُبِسوا وعُزروا ، وهذا كله إذا لم يتوبوا قبل المقدرة عليهم فإن تابوا سقط عنهم الحد وهو العقوبة المقدرة لقطاع الطريق ، التى تحتم قتلهم وصلبهم وقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ولا يسقط باقى الحدود التى لله تعالى كزنا وسرقة بعد التوبة ، ولا الحقوق التى للعباد مثل القصاص وحد القذف ورد المال بعد التوبة ، لقوله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ..... الخ) (١)

---

(١) الآية رقم ٣٣ من سورة المائدة . وينظر : الباجورى على ابن قاسم ح٢ من ص ٢٣٥ حتى ص ٢٤١ .

فكل هذه الحدود لدفع الضرر عن المجتمع حيث يمتنع من يفكر في الزنا فتصان الأعراض ولا تختلط الأنساب وكذلك يمتنع الناس عن قذف بعضهم البعض ، ويمتنع شارب الخمر عن شربها ، ومن يفكر في سرقة مال غيره عن سرقته ، ومن أرادوا قطع الطريق عن فعلهم ، وبهذا يرتفع الضرر الذي كان سيتعرض له الناس بعد أن يعرفوا جزاء كل فعل ، وعقاب كل جريمة .

والكفارات : الكفارات جمع كفارة ، وهي لغة : الستر ، يقال كفر الله عنه الذنب أي ستره ومحاه ، ومنه الكفارة ، لأنها تكفر الذنب وتستره وتمحوه (١)

وهي عند الفقهاء : عقوبة ألحقها الشرع لكل من فعل سببها وهي كثيرة ، منها : كفارة اليمين الواجبة في قوله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم) (٢) وكفارة الإفطار في نهار رمضان إذا كان الإفطار بالجماع عند الشافعية ، أو الإفطار مطلقا بالجماع أو الأكل أو الشرب عامدا عند الأحناف ، ودليل الشافعية ما ورد (أن صخر بن سلمة البياضي جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هلكت قال : وما أهلكك ، قال : واقعت امرأتي في رمضان ، قال : هل تجد ما تعتق رقبة ، قال : لا ، قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ، قال : لا ، قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا ، قال : لا ، ثم جلس ، فأتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال : تصدق بهذا ، فقال : على أفقر منا يا رسول الله .

---

(١) المصباح المنير حـ باب الكاف وما يثلثهما (كفر) .
(٢) الآية رقم ٨٩ من سورة المائدة .

فوالله مابين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا ، فضحك صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ، ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك)[1]

ومعنى (أطعمه أهلك): أي على وجه الصدقة منى لك مع بقاء الكفارة فى ذمتك وليس فى هذا إشكال ، ويحتمل إطعامهم على وجه الكفارة مع كون أهله ستين مسكينا وإنما جاز إخراج الكفارة لأهله لأنها ليست من ماله بل هى من عند غيره وهو الرسول صلى الله عليه وسلم .

وكفارة الظهار

والظهار هو أن يشبه الزوج زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا أو بجزء منها ، مثل أن يقول لزوجته : أنت علىّ كظهر أمى ، أو يشبه جزءا شائعا من زوجته كالنصف أو الثلث أو جزءا منها يعبر به عن الكل كالرأس والرقبة أو الوجه بالمرأة المحرمة عليه أو بجزء محرم منها وهو ما حرم النظر إليه ، ودليل كفارة الظهار قوله تعالى : (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ..... الخ)[2]

فكفارة الظهار كما هو واضح من الآيتين هى على الترتيب الآتى :

الأول : تحرير رقبة مطلقة ولا يشترط أن تكون مؤمنة .

الثانى : إذا عجز المظاهر عن تحرير رقبة وجب عليه صوم شهرين متتابعين لا يفصل بين أيامها يوم إفطار .

---

(١)- رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة – (والعرق) مكيال من خوص النخل يسع خمسة عشر صاعا، وكل صاع أربعة أمداد ، و(لابتيها) : أى جبلى المدينة .

(٢)- الآيتان ٣، ٤ من سورة المجادلة .

الثالث : إذا عجز المظاهر عن الصيام وجب عليه إطعام ستين مسكيناً ، إما بطريق التمليك أو بطريق الإباحة .

وكفارة القتل الخطأ :

والقتل الخطأ وهو أن يقصد رمى شيء كصيد، فيصيب رجلا فيقتله ، وهذا خطأ في الشخص وإن كان قد قصد الفعل ، أو إذا لم يقصد الفعل أصلا مثل من زلقت رجله فوقع على غيره فمات ، فهذا خطأ في الفعل لأنه لم يقصده ، وكلاهما خطأ تجب فيه دية مخففة على العاقلة في ثلاث سنين ، وأصل وجوب الدية قوله تعالى :

(وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما) . (١)

وكانت الدية هنا مخففة لما روى في الصحيحين من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة وأن امرأتين اقتتلتا فحذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غُرَّة عبداً وأمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها . (٢)

---

(١) الآية رقم ٩٢ من سورة النساء .
(٢) الباجوري على ابن القاسم جـ ٢ ص ٢٠٨ .

وهذه الكفارات وغيرها قيل : إنها زواجر فقط لمنع ارتكاب مايوجبها من المعاصي ولا تجبر ماوقع فعلا من المعاصي ، وقيل : هي زواجر وجوابر ، لأنها متى أديت في الحياة الدنيا فإن الله تعالى لا يعاقب على المعاصي التي اقتضتها في الآخرة ، لأنه سبحانه أكرم من أن يحاسب على الذنب مرتين ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة بن الصامت : (.. فمن أصاب من ذلك شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له .) .

وهي عقوبة ألزم الله بها كل من فعل أسبابها ، والعقوبة ضرر ولكنها ضرر قليل يُرفَع به ضرر أعظم منه ، فمن أفطر بالجماع عمدا في نهار رمضان فقد انتهك حرمة هذا الشهر العظيم عند الله تعالى ، فكان جزاؤه الكفارة بصيام ستين يوما متتابعة فإن عجز فإطعام ستين مسكينا ، مراعاة لحرمة هذا الشهر حتى إذا علم المسلمون ذلك حافظوا على مكانة هذا الشهر .

ومن حلف باسم الله تعالى حانثا فقد تجرأ على خالقه وامتهن لفظ الجلالة فكان لابد من إيجاب كفارة عليه ، وهي هينة بجوار ما ارتكبه من إثم عظيم في حق خالقه .

ومن ظاهر من امرأته فقد حرم ما أحل الله ، وهذا أشد جرما لأن الله تعالى يقول فيه وفي أمثاله (وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا) (١) فألزمه الله تعالى بالكفارة وهي قليلة بجوار ماتمنعه عن المجتمع من أضرار .

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة المجادلة .

والقتل الخطأ ، وجبت فيه الكفارة ،حتى تمنع عن المجتمع الأضرار الكبرى المترتبه على كل قتل خطأ وحتى يتحرى الإنسان الرلي قبل الرمي •

ومن هنا نجد أن جميع الكفارات ماشرعت إلا لرفع ضرر أعظم منها عن المجتمع كله •

ضمان المتلف : إذا أتلف إنسان أو حيوان شيئا مملوكا للغير فإنه يجب فيه ضمان الشيء الذى أتلفه ،وهذا الحكم من قبيل خطاب الوضع لا خطاب الحكم التكليفي ،ولهذا لا يشترط في المخاطب بخطاب الوضع العلم بالخطاب ،ولا يشترط فيه البلوغ والعقل ، لأنها تجب على الشخص المكلف وغير المكلف ،فهي تجب على البالغ العاقل كما تجب على الصغير والمجنون ،غير أن العاقل مسئول عن تصرفه أما الصغير والمجنون فالمخاطب بالنسبة لهما هو الولي ،وتجب على الماشية والمخاطب بالنسبة لها هو مالكها •

وقد شُرع ضمان المتلَف لدفع الضرر عن صاحب الشيء المتلَف ، لأننا لو لم نقل بالضمان لأتلف الناس الأشياء لغيرهم بدون مبالاة ، فتكون جميع الأموال معرضة للتلف ما دام التلف لا ضمان فيه •

القسمة : لغة : هي التفريق •
والقسمة في اصطلاح الفقهاء : تمييز بعض الأنصباء من بعض ،وهي على ثلاثة أنواع :

(١) القسمه بالأجزاء : وتسمى قسمة المتشابهات مثل المثليات كالحبوب ونحوها ، فتجزأ الأنصباء بالكيل فيما يكال أو بالوزن فيما يوزن أو بالقياس فيما يقاس ، ثم يقرع بين الأنصباء لتحديد نصيب كل شريك ، وتسمى قسمة إفراز لأن جميع أجزائها متساوية ، ويكفى فيها قاسم واحد فقط .

(٢) القسمة بالتعديل : وهذه تكون عند قسمه الأشياء التى تختلف أجزاؤها ، مثل الأرض الزراعية التى تختلف قيمه بعضها عن البعض الآخر لخصوبتها وقوة إنباتها أو قربها من الماء ، ونحو ذلك وتكون قسمتها بين الشريكين بتعديل السهام بأن تكون متعادلة بالنظر للقسمة ، وهذه تعتبر بيعا وليست إفرازا كالسابقة ، لأن كلا من الشريكين قد باع ماكان له من نصيب الآخر بما كان للآخر من نصيبه ، هذا مالم يمكن قسمة الجزء الجيد وحده وقسمة الجزء الردىء وحده ، فإن أمكن ذلك قسم كل جزء منهما على حدة ، ويكفى فيها قاسم واحد فقط كالسابقة . ومثالها أن تكون الأرض المختلفة قيمة أجزائها بين شريكين لكل منهما النصف فيجعل القاسم لمن يأخذ الجزء الجيد الثلث ولمن يأخذ الجزء الردىء الثلثين .

(٣) القسمة بالرد : بأن تكون الأرض المشتركة بين الشريكين فى أحد جانبيها بئر أو شجر ولا يمكن قسمته ، فإن من يأخذ بعد القرعة الجزء الذى به البئر أو الشجر نصف قيمة البئر أو الشجر

للشريك الآخر ، فلو كانت قيمة كل من البئر أو الشجر ألفاً من الجنيهات وله النصف من الأرض رد الآخذ للجزء الذي فيه البئر أو الشجر خمسمائة من الجنيهات قيمة نصيب شريكه في البئر أو الشجر وهذا النوع من القسمة إذا كان فيه تقويم لا يقل القاسم فيها عن اثنين من القاسمين .

والقسمة جائزة في كل شيء إلا إذا كان أحد الشريكين يطلب القسمة فيما يترتب على قسمته ضرر مثل حمام صغير أو طاحونة صغيرة ولمتنع الشريك الآخر عن القسمة فإنه لا يقسم ، لما يترتب على قسمته من ضرر. (١)

ودليل القسمة : قوله تعالى (وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا). (٢)

وما روى أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم بين أربابها ، وقد أجمعت الأمة على جوازها، ولأن الحاجة تدعو إليها ليتمكن كل من الشريكين أو الشركاء من التصرف في نصيبه مستقلا ، ويتخلص من ضرر المشاركة للغير معه .

---

(١) الباجوري على ابن قاسم ج ٢ ص ٣٥٠ ـ ٣٥٥

(٢) الآية رقم ٨ من سورة النساء.

(نصب الأئمة والقضاة) الأئمة : جمع إمام ، وهو الخليفة العـام للمسلمين ، ويكون في حكمه حاكم كل إقليم ، والقضاة : جمع قاض ، وهو من يتولى الفصل في الخصومات بين المتنازعين ، ونصب الإمام واجـب على الأمة ، ليتولى حمايتهم وحماية أموالهم وأعراضهم ، ويستظلـوا بظله ، وقد ثبت نصبه ، قيل : بالشرع ، وقيل : بالعقل ، وكـان نصبه مشروعا لدفع الضرر عن الأمة ، حتى لا يترتب على عدم نصبه إلى هلاك الأمة أمام أعدائها ، أو اختلافها وضعفها وتفككها .

ونصب القضاة واجب على الإمام وكل حاكم ، ليتولى الفصـل فيما ينشأ من نزاع بين المتخاصمين حتى يصل الناس إلى حقوقهـم ، ويدفع الأذى والضرر عنهم ، كما يجب عليه أن يعين وينصب مفتيـا ليرشد الناس إلى أحكام دينهم ، فيسيروا على الطريق المستقيم .

(دفع الصائل) الصيال في اللغة : الوثوب والاستطالة ، ويقـال (صؤل البعير) إذا صار يقتل الناس ويعدو عليهم [1] فهـو من قولهم : صال يصو ل إذا أقدم بجرأة وقوة ، ففي الصيال معـنى العدو والاستعلاء .

والصيال عند الفقهاء : هو الاستطالة والوثو ب على الغير بغـير حـق .

---

(١) المصباح المنير ج ١ ــ كتاب الصاد (صول) ومختار الصحاح باب الصاد ــ (صول)

ودفع الصائل الأصل فيه قوله تعالى :(فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ورد العدوان ليس عدوانا وإنما سمى كذلك فى الآية من باب المشاكلة ،وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (انصر أخاك ظالما أو مظلوما) والصائل ظالم ، ونصره منعه من ظلمه)(١)

والصيال إما أن يكون لأخذ المال أو قتل النفس أو هتك العرض أو يكون لجميع ذلك ،فمن صال عليه شخص مسلم أو غير مسلم عاقل أو غير عاقل وغلب على ظنه أنه صائل وليس عنده شك فى ذلك ،وانه يريد قتله أو أخذ ماله أو وطء حريمه فله دفعه تدرجا بالأخف ثم بما هو أعلى ، ولهذا يكون الأولى الهرب منه لو أمكن ذلك وإلا فالزجر ثم الاستغاثة بالغير ثم الضرب باليد ثم الضرب بسوط ثم الضرب بعصا ثم القطع ثم القتل ،لأن الدفع شرع للضرورة ولا ضرورة فى الأكثر ما دام يمكن الدفع بالأقل ،لأن الضرورة تقدر بقدرها ،فإن خالف فى الدفع بأن ارتكب الأكثر مع إمكان دفعه بالأقل كان ضامنا .

ولا يكون على قاتل الصائل دفاعا عن نفسه أو ماله أو عرضه ضمان بقصاص أو دية أو كفارة ،ولا إثم عليه لقوله صلى الله عليه وسلم (من قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ،ومن قتل دون أهله فهو شهيد) رواه ابو

---

(١) الباجورى على ابن قاسم ج ٢ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ ، والآية رقم ١٩٤ من سورة البقرة .

داود والترمذى وصححه ومعنى (دون) أى لأجل دينه ٠٠ الخ .

فهذا الحديث يدل على أن كل هؤلاء الذين ماتوا من أجل الدفاع عن دينهم أو دمائهم أو أموالهم أو أهلهم هم شهداء ، وما داموا شهداء فلهم القتال والقتل ، بل هم مأمورون بذلك ، فلا يكون عليهم ضمان ، لأنهم مثل من يقاتل المحاربين فلو قتلهم المحاربون كانوا شهداء .

وقتال الصائل شرع لدفع الضرر ، لأنه لو لم يكن واجبا لتفشى الصيال فى المجتمع ، وأصبح الناس مهددين فى أنفسهم وأعراضهم وأموالهم ، وهذا فساد كبير وضرر عظيم ، والضرر يزال ، لأن الصائل لو علم أنه بصياله وتعرضه لغيره يُقتَل فإنه يمتنع عن الصيال .

وقد قيل فى صيال المسلم على المسلم رأيان إذا كان صياله لأخذ المال : الاول يجب دفعه لقوله صلى الله عليه وسلم (ومن قتل دون ماله فهو شهيد) . الثانى لا يجب دفعه بالقتل لأن المسلم لا يقتل المسلم لأجل المال ، بل الواجب عليه إذا وجده أسيرا أن يفديه بالمال . أما إذا كان صيال المسلم على المسلم لقتل النفس ففيه رأيان أيضا : الأول : يجب دفعه ولو وصل الأمر إلى قتل الصائل ، لقوله صلى الله عليه وسلم (٠٠٠ ومن قتل دون دمه فهو شهيد) وهذا الرأى هو الأظهر والأقوى . الثانى : لا يجب دفعه بالقتل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (كن خير ابنى آدم) هابيل وقابيل ، وخيرهما القتيل لا القاتل .

أما إذا كان صيال المسلم على المسلم لهتك العرض فهناك إجماع على أنه يجب دفعه ولو وصل الأمر إلى قتل الصائل .(١)

(١) الباجورى على ابن قاسم جـ ٢ ص ٢٥٦ .

قتال المشركين : شرع الجهاد للدفاع عن الإسلام وعن أرض المسلمين لدفع الضرر الذى يحصل من ولاية المشركين وأعداء الإسلام على المسلمين ، لأنهم لو تمكنوا من المسلمين وحكموهم فإنهم يستذلونهم ، وليس هناك ضرر أعظم من الضرر الذى يعود على العقيدة والدين .

ولم يشرع الجهاد فى الإسلام لحمل الناس على الدخول فى الإسلام لأن العقيدة لا يمكن إجبار الناس عليها ، وحملهم على الإيمان بما لا يعتقدون . ولذلك يقول الله تعالى (لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى) (١) ويقول (أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين) (٢) وخير للمسلمين أن يموتوا دفاعا عن دينهم وأرضهم من أن يعيشوا يستذلهم الأعداء .

البغاة : البغاة هم قوم لهم شوكة خرجوا عن طاعة الإمام بعد انقيادهم له ولهم رئيس مطاع ، وسموا بذلك لبغيهم وظلمهم ومجاوزتهم الحد وعدولهم عن الحق ، لقوله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ... الخ) (٣) وهؤلاء البغاة يجب دفعهم وقتالهم ، فيقاتلهم الإمام أو نائبه ولا يجوز له الاستعانة عليهم بكافر .

---

(١) الآية رقم ٢٥٦ من سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ٩٩ من سورة يونس .

(٣) الآية رقم ٩ من سورة الحجرات .

لانه يحرم تسليطه على المسلمين إلا لضرورة ، مثل أن يكونوا كثيرة ويحيطوا بالجماعة العادلة ، وإنما يشترط في قتال الإمام لهم ثلاثة شروط :

الاول : أن يكون البغاة في منعة ، بأن يكون لهم شوكه بسبب قوة وعدد ، ووجود شخص مطاع فيهم ، فإن كانوا أفرادا يسهل على الإمام ضبطهم فلا يكونوا بغاة .

الثاني : أن يخرجوا عن طاعة الإمام إما بترك طاعته فيما يأمر به أو ينهى عنه فيما لا يخالف الشرع ، وإما بمنع أداء حق توجه عليهم وعدم تمكين مستحقه منه ، سواء كان الحق ماليا كالزكاة أم غير مالي مثل الحد والقصاص .

الثالث : أن يكون للبغاة شبهة يعتقدون بها جواز الخروج عن طاعة الإمام ، لأن من يخرج عليه بغير شبهة يكون معاندا للحق ويكون لهم دليل محتمل من الكتاب أو السنة يأخذون بظاهره ويستندون إليه ، ودليلهم يحتمل الصحة بحسب الظاهر ، لكنه باطل ظنا ، فإن كان التأويل مقطوعا ببطلانه فلا قيمة له ، ويعتبرون معاندين .

وقبل أن يبدأ الإمام بقتال البغاة يبعث إليهم رسولا أمينا فطنا يسألهم عن سبب خروجهم عليه ، فإن ذكروا سببا بأن تظلموا من شيء معين أزاله الامام أو رسوله ، أما إذا لم يذكر سببا أو أصروا على البغى بعد أن أزال شكواهم نصحهم ، ثم أعلمهم بالقتال . (١)

---

(١) الباجوري على ابن قاسم ج ٢ ص ٢٥٨ ـ ٢٦٣ .

وإنما شرع قتالهم ، لأنه لو لم يجب لتمكن أهل البغى من فرض سلطانهم بالباطل وسادت الفوضى فى المجتمع ، وتمكن أهل الباطل من هضم كل مابناه أهل الحق ، وهذا ضرر عظيم يعم المجتمع كله ، والضرر يزال .

فسخ النكاح بالعيوب : اتفق علماء المذاهب الأربعة على فسخ النكاح بسبب عيوب ثلاثة بالزوج وهى : الجب والعنة والخصاء ، والجب هو : أن يكون الزوج مقطوع عضو التناسل والعنة هى : أن يكون الزوج غير قادر على مخالطة زوجته لمانع عنده من عدم انتصاب عضو التناسل ، وقد يكون نتيجة ضعف بحسب الخلقة ، أو بسبب عارض مثل كبر السن ، والخصاء أن يكون الزوج مقطوع الخصيتين .

وفى هذه الحالات الثلاث إذا وجدت الزوجة فى زوجها أحد هذه العيوب كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى لطلب التفريق بينها وبين زوجها فإذا ثبت عنده ذلك أمر الزوج بأن يطلقها فى الحال فى حالة الجب لأنه لا فائدة من التأجيل ، فإذا لم يطلقها الزوج ناب القاضى عنه فى التفريق بينهما منعا لما يلحقها من ضرر ، أما فى حالتى ثبوت العنة والخصاء فإن القاضى لا يفرق بينهما فى الحال وإنما يمهل الزوج سنة ، حتى تمر عليه فصول العام كلها ، عسى أن تعتدل طبيعته خلالها فيستطيع مخالطة زوجته ، فإن مضت الزوجة ولم يتغير وضعه فإن القاضى يستجيب للزوجة فى طلب التفريق بينهما ويأمر الزوج بطلاقها فإن لم يستجب ناب القاضى عنه فى التفريق بينهما .

والتفريق في الحالات الثلاث مشروط بشروط هي :

أولا : أن تكون الزوجة بالغة ، فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينهما لا يفرق القاضي ، لاحتمال أن ترضى بالبقاء معه بعد بلوغها لمعان أخرى تدعوها للبقاء معه، من حسن معاشرة ونحو ذلك .

ثانيا : أن تكون الزوجة غير عالمة بحالة الزوج قبل الزواج ، لأن علمها قبل الزواج دليل على رضاها بالبقاء معه على حاله ، فلا يكون لها حق التفريق .

ثالثا : ألا يحصل منها مايفيد أنها راضية بالبقاء معه بعد الزواج وبعد العلم بحاله .

رابعا : ألا يكون بالزوجة عيب يمنع من مخالطة زوجها لها ، لأن وجوده يمنع حقها في المطالبة بالتفريق ، فلا يكون زوجها ظالما لها بعدم تطليقها حينئذ .

وفي حالة العنين يزيد شرط خامس على هذه الشروط الأربعة وهو :-

خامسا : أن يكون العنين بالغا ، فإن كان صبيا فإنه يؤجل حتى يبلغ ، لاحتمال أن يكون صغره هو سبب عنته ، فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها فإنه يؤجل سنة منذ بلوغه ، ثم بعدها إذا استمر وضعه على ماهو عليه ولم يستطع مخالطة زوجته أمره القاضي بالطلاق وإلا فرق بينهما القاضي .

وتفريق القاضي بين الزوجة وزوجها المجبوب أو العنين أو الخصي بالفسخ لا ينقص عدد الطلقات.

واختلف العلماء بعد ذلك فى العيوب الآتية :

الأول : عيوب فى الزوج غير السابق ذكرها وهى : البرص والجذام والجنون ، فقد قال الإمام الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل ومحمد من الأحناف : إنه يثبت للزوجة خيار الفسخ بسبب وجود أحد هذه العيوب بالزوج ، لأنها تتضرر بها ضررا كبيرا والضرر يزال .

وقال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف : إنه لا يثبت للزوجة حق طلب الفسخ ، لأن هذه العيوب لا يفوت بها المقصود من الزواج كما فى حالات الجب والعنة والخصاء .

الثانى : عيوب فى الزوجة مثل البرص والجذام والجنون والرتق والقرن .

والرتق : هو الالتحام وانسداد الفرج ، والقرن : هو وجود غدة تمنع الرجل من مخالطة زوجته .

فقد قال الشافعية والمالكية والحنابلة : إذا وجد عيب من هذه العيوب بالزوجة فإن له حق طلب فسخ الزواج لأنها تمنع من استيفاء المنافع التى شرع الزواج من أجلها ، وبعض هذه العيوب مانعة بالحس كما فى الرتق والقرن ، وبعضها يمنع طبعا كما فى الجذام والبرص والجنون .

وقال الأحناف : ليس للزوج طلب فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا ، لأنها لا تمنع حصول المقصود من الزواج ، وقد يفيد العلاج معها فيزول المانع ، ومادام الزوج يستطيع أن يطلق زوجته ليتخلص من عيوبها فلا يكون هناك داع لطلب فسخ الزواج (١)

(١) الباجورى على ابن قاسم جـ ٢ ص ١١٨ ، ١٢١ والأحوال الشخصية د . عبد الرحمن تاج ص ٣٦٧ ــ ٣٧٢ ط علم ١٩٥٢ ثانية .

وقال الشافعية : الإعسار بالنفقة من عيوب الزوج ،وكذلك الإعسار بالصداق قبل الدخول ويكون من حق الزوجة طلب فسخ النكاح عند إعسار الزوج بنفقة أو إعساره بالصداق قبل الدخول بها ، لأنه جاز الفسخ عند عجزه عن وطئها مع أنه يمكنها أن تعيش بدون الوطء فمن باب أولى كان لها حق الفسخ عند إعساره بالنفقة أو المهر ، لأنها لا تستطيع العيش بدون نفقة . (١)

وقال الأحناف : لا يجوز للزوجة طلب فسخ الزواج عند عجز الزوج عن الإنفاق عليها ،لأن المقصود من النكاح هو الاستمتاع ، ولأن المهر والنفقة من توابع عقد الزواج ،ولأنه يمكن علاج تقصيره في الإنفاق عليها بالاستدانة عليه ،أما لو فسخ العقد فلا علاج له حيث تنتهي المعاشرة بينهما.

ويتعلق بهذه القاعدة قواعد : قاعدة (الضرر يزال) قد ارتبط بها قواعد أخرى تولدت عنها وارتبطت بها ارتباط الفرع بأصله ،فهي كالأم بالنسبة للقواعد التي تولدت عنها ،وأصبحت هذه القواعد قيودًا للقاعدة التي تولدت عنها ،وهذه القواعد هي :

---

(١) الباجوري على ابن قاسم جـ ٢ ص ١٩٩

القاعدة الأولى : (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها)

والضرورة هي : وصول المكلف إلى حد لو لم يفعل المحظور لترتب عليه ضرر أعظم ، فمن رحمة الله تعالى بعباده أن جعل الضرورات تبيح فعل المحظورات ، لأن المحظور لو لم يبح للضرورة لوقع الضرر ، كالمضطر الذي لا يجد إلا الميتة التي لو لم يأكل منها لهلك ، فكان لا بد من أن يأكل منها حفظا لحياته ، ورفعا للضرر عن نفسه ، لأن الضرر يزال ، والضرورات تبيح المحظورات ، دفعا للضرر ، بشرط عدم نقصان الضرورة عن ارتكاب المحظور ، وبهذا يظهر الارتباط بين قاعدة (الضرر يزال) وقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها .)

والذي يباح له الأكل من الميتة هو المضطر الذي يكون في مخمصة ، أي في شدة الجوع ، بحيث لو لم يتناولها لهلك ، ولا يباح له التناول إلا بقدر ما يسد به الرمق فقط ، أي بقدر ما يبقى على حياته ، ولا يتجاوز ذلك ، لأن الأصل في أكل الميتة أنه محظور ومحرم ، ولكن الإبقاء على حياة الإنسان عند المخمصة ضرورة ، وهي ليست أقل من المحظور فيباح للمضطر بل يجب عليه الأكل من الميتة للضرورة إبقاء لحياته ، والضرورة تقدر بقدرها ، ولأن في معنى الجواز بعد المنع ما يفيد الوجوب ، ولأنه لو لم تكن الضرورات مبيحة للمحظورات لما تحققت قاعدة (الضرر يزال) ولهذا قال السيوطي (ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة)

وقال السيوطي (وإساغة اللقمة بالخمر بأن تقف لقمة في بلعوم إنسان ولم يجد شيئا يتناوله لإساغتها إلا الخمر فإنه يجب عليه

أن يشرب الخمر لإساغة اللقمة بشرط ألا يتجاوز فى شربه حد الإساغة باختيارة ، لأنه بتجاوزه الحد فى شرب الخمر يكون شاربا لهـــا باختياره من غير ضرورة فيقام عليه حد الشرب ، وإنما أبيح له شــرب الخمر لإساغة اللقمة لأنه لو لم يبح له لهلك ، ووقع عليه الضرر ، والضرر يزال ، فالضرورة هى وجود الغصة ، والمحظور هو شرب الخمر ، وأبيح هنا للضرورة ، ولذلك لو وجد شرابا آخر غير الخمر فلا يحل له إساغة اللقمة بالخمر ، لأنه لاضرورة لشربها حينئـــذ ٠

وقال السيوطى (والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه) إذا أكــره إنسان إنسانا آخر بقتله أو قطع عضو من جسمه على أن يتلفظ بكلمة الكفر بالله تعالى – والعياذ بالله – وكان المكره قادرا على أن يوقـــع بالمكرَه ماتوعده به وغلب على ظن المكرَه أنه إن لم ينطق بكلمة الكفـــر فسيوقع به المكره ما توعده بـه من قتل أو قطع عضو فإنه يجوز لـــه التلفظ بكلمة الكفر تقية ، حتى يقى نفسه من القتل أو مما توعده به ٠ بشرط ألا ينطق بكلمة أكثر من المطلوب منه ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ، وإلا فيكون مختارا فى الكلام الزائد عن المطلوب من المكره فيكون كافـــرا به ، ويورى فى كلامه بأن يأتى بلفظ يحتمل الكفر وغيره ، ويظهر خـــلاف مايضمر ، فإن تلفظ بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه لحديـــث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث قد ابتلى بذلك من المشركين فقـــال له النبى صلى الله عليه وسلم (كيف وجدتَ قلبك ؟ ، قال : مطمئنـــا بالإيمان ، فقال صلى الله عليه وسلم : فإن عادوا فعد) وفيه نزل قول الله تعالى (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ٠٠ الخ)(١) ومعـنى

---

(١) الآية رقم ١٠٦ من سورة النحل ٠

(إن عادوا فعد) أي إن فعلوا معك مثل هذا ثانيا وعادوا إليه فعد إلى طمأنينة القلب ، ولأنه بإظهار كلمة الكفر لا يفوت الإيمان في الحقيقة لأن الأصل فيه هو التصديق ، وهو مستقر في قلبه حقيقة والتلفظ باللسان لا ينفي حقيقة الإيمان الثابت في قلبه ، أما امتناعه عن التلفظ بكلمة الكفر فإن فيه ضياع النفس أو عضو من بدنه حقيقة فكان على المكره أن يتلفظ بكلمة الكفر ولا يمتنع ، لأن التلفظ بها لا ينفي الإيمان الثابت المستقر في قلبه ويحفظ عليه حياته ، أما الامتناع ففيه إلحاق الضرر بنفسه بالقتل أو قطع عضو من بدنه ، ولأنه إذا تعارض حق العبد مع حق الله قدم حق العبد ، لأنه محتاج ، ولأن الله تعالى غني عن العالمين .

لكن المكره لو صبر ولم ينطق بكلمة الكفر فإنه يكون مأجورا من ربه سبحانه وتعالى ، لأن خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ، فسماه الرسول صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال : هو رفيقي في الجنة .

والمحظور هو النطق بكلمة الكفر ، والضرورة هي الإكراه ، وأبيح المحظور هنا للضرورة لرفع الضرر .

قال السيوطي (وكذا إتلاف المال) بأن تكون سفينة في عرض البحر محملة بأموال وعروض كثيرة ، ثم أوشكت على الغرق ، ولا منجاة لها إلا بتخفيف حملها من الأموال والعروض بأن نلقي بعضها في البحر فيكون في هذا تلفها ، فالمحظور هنا هو إتلاف بعض المال ، والضرورة هي الوشك على الغرق لكل المال ، وقد يكون المحظور هو إتلاف بعض

المال ، والضرورة هى المحافظة على كل المال ، ولما كانت الضرورات تبيح المحظورات فكان إتلاف بعض المال مباحا للحفاظ على كل المال ومثل هذا لو كانت السفينة محملة بالناس وأشرفت على الغرق ولابد من إلقاء البعض فى البحر لينجو جميع الركاب فإنه يجوز عمل قرعة لإخراج من سيلقى فى البحر ، فالمحظور هنا هو إلقاء بعض الركاب من السفينة فى البحر ، والضرورة هى المحافظة على كل الركاب الباقين بالسفينة فأبيح إلقاء البعض للمحافظة على الكل ، لأن الضرورات تبيح المحظورات

قال السيوطى (وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه) بأن يكون لشخص دين على آخر وليس له بينة تثبت دينه ، ولا يجد طريقا يسلكه ليوصله إلى أخذ دينه ، ثم ظفر بمال للمدين فله أن يأخذ منه قدر حقه فقط بغير إذنه ولا يتجاوز ، إن كان مال المدين من جنس حقه باتفاق ، أو كان من غير جنسه على رأى البعض ، بحيث لا يعرض نفسه ولا نفس غيره للهلاك ، فالمحظور هنا هو أخذ مال الغير بغير إذنه ، والضرورة هى الظفر بحقه ، وهى هنا ليست بأقل من المحظور فأبيح أخذ مال الغير بغير إذنه ليظفر الدائن بحقه ، لأن الضرورات تبيح المحظورات .

قال السيوطى (ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله) سبق أن عرفنا الصائل وحكم دفعه ، ولو لم يكن دفع الصائل مباحا لعم ضرره ، فأبيح دفعه لأن الضرر يزال ، وقوله (ولو أدى إلى قتله) يعنى بذلك التدرج فى دفعه كما سبق بيانه . (١)

(١) ينظر ص ٦١ من هذا الكتاب وما بعدها .

قال السيوطى (ولو عم الحرام قطرا بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادرا فإنه يجوز استعمال مايحتاج إليه ، ولا يقتصر على الضرورة)

القطر لغة : هو الناحية والجانب وجمعه أقطار (١) ويقصد به الإقليم أو الدولة ، لو عم هذا الإقليم أو هذه الدولة الحرام ، ولا تجد فيه حلالا إلا نادرا بحيث تكون جميع الأموال التى يتداولها الناس فى هذه الدولة من المال المحرم فى الإسلام مثل الأموال التى تكونت من التعامل بالربا أو من التجارة بالمحرمات كالخمر والخنزير والمخدرات ونحوها أو من العمل بالمراقص والملاهى ونحوها ولا يجد المسلم فيه مالا حلالا إلا نادرا فإنه يحل للمسلم أن يستعمل من هذا المال مايسد به ضرورته ، لأن الضرورات تبيح المحظورات ، والضرورة تقدر بقدرها ، ولا يقتصر على الضرورة بل يتعدى الاستعمال إلى إزالة الحاجة ، فله أن يأكل من هذا المال فى حالة الضرورة وفى حالة الحاجة ، لأنه لو لم يبح له الاستعمال فى هذه الحالة ، للحق به ضرر عظيم ومشقة كبيرة فى طعامه وشرابه وملبسه ونحو ذلك ، ولأن المشقات التى تتنوع وتلحق بالمسلم يكون حكمها حكم الضرورة ، وتأخذ حكمها ، وهذا من الأسرار العظيمة فى التشريع الإسلامى .

---

(١) المصباح المنير ج ٢ كتاب القاف ـ القاف مع الطاء وما يثلثهما (قطر) ومختار الصحاح باب القاف (قطر)

أما إذا لم يكن الحرام عاما وشاملا لكل الجهات فى بعض الدول بأن كان المال الحرام عاما فى بعض البلاد أو الجهات وفى البعض الآخر يوجد المال الحلال ،فإنه يلزمه أن ينتقل إلى هذه البلاد التى بها الحلال ويأخذ حاجته منها ،ويتناول طعامه وشرابه ، مادام هذا ميسورا له ،لأنه لاضرورة حينئذ فلا يباح له ذلك.

فالحكم السابق خاص بحالة ما إذا لم يوجد حلال ،لأن الضرورات وهى هنا وقوع الضرر تبيح المحظورات وهو تناول الحرام ،فيحل للمسلم أن يستعمل مايحتاج إليه ،وهذا فرع من القاعدة السابقة.

وقال الجوينى : (ولا يرتقى إلى التبسط وأكل الملاذ ،بل يقتصر على قدر الحاجة) لأنه لو تبسط وتناول كل مالذ وطاب فقد وقع فى الحرام ،لأنه لاضرورة حينئذ ولاحاجة تدفعه لتناول مايتلذذ به أو يطيب له استعماله ، وليصبر حتى يعم الحلال فيتناوله للحاجة والتلذذ وليصنع كل ماتطيب له نفسه به .

وقال العز بن عبد السلام : (وفرض المسألة أن يتوقع معرفة صاحب المال فى المستقبل ،فأما عند اليأس فالمال حينئذ للمصالح ، لأن من جملة أموال بيت المال ماجهل مالكه) . فالحكم السابق ذكره يكون فى الحالة التى يتوقع فيها معرفة صاحب المال ،أما المال الذى يجهل مالكه ،ولا يعرف له مالك معين فيكون للمصالح وبيت المال ،فهو ليس حراما ، لأن كل إنسان له فيه شبهة.

قال السيوطى (ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال والظفر بهم ، وكذا الحيوان الذى يقاتلون عليه) . المسلمون مأمورون بالجهاد فى سبيل الله إذا توفرت أسبابه ، ويجب عليهم عمل كل ما يمكن عمله فى سبيل النصر على الكفار ، فإذا توقف النصر الواجب على ارتكاب محظور فإنه يباح ارتكاب هذا المحظور لأن ما لا يتم الواجب إلا بـه يكون واجبا ، ولقد فعل الرسول صلى الله عليه وسلم هذا فرمى بالمنجنيق واحرق بالنار ، فإذا رأى قائد جيش المسلمين أن النصر متوقف على هدم بعض بناء الكفار جاز هدمه ، وإذا رأى أنه يكون بقتل عدد قليل منهم أو هدم منازل محددة أو قطع أشجار قليلة فإنه لا يهدم إلا ما لا بد منه فقط ، ولا يتجاوزه ، فإذا هدم الكل فقد ارتكب المحظور الذى حرمه الشرع ، ولأن الباقى بعد القليل المباح سيكون غنيمة للمسلمين بعد النصر بإذن الله تعالى .

ووجه ارتباط هذا بالقاعدة : أنه لو لم يتم قتل بعض الكفار أو هدم بعض بنائهم أو قطع بعض أشجارهم فإنه لا يتم النصر للمسلمين وكل هذا محرم ومحظور فعله ، ولكن أبيح فعله من أجل الضرورة وهى إحراز المسلمين للنظر على الكفار ، ويكون هذا بقدر الضرورة فقط . فالضرورة هى الظفر بالكفار والمحظور هو إتلاف حيواناتهم وأشجارهم وقتل غير المحاربين منهم ، فأبيح المحظور للضرورة ، لأن الضرورات تبيح المحظورات .

قال السيوطى : (ونبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل ، أو لغير القبلة أو فى أرض أو ثوب مغصوب) . نبش الميت :

هو إخراجه من القبر بعد أن يتم دفنه ، وهذا محظور شرعا ،وقد توجد ضرورة له بأن يكون الميت قد دفن بلا غسل أو بغير اتجاه القبله أو في ثوب أو في أرض مغصوبة ،وهذا كله حرام ، والعمل على إزالة كل هذا عن الميت واجب بضرورة فالمحظور هو نبش القبر المدفون فيه الميت ،والضرورة تخليص الميت من كل ما ذكر وهو محرم .

فأبيح المحظور للضرورة ،لأن الضرورات تبيح المحظورات

وقد اختلف العلماء في المسائل التي يباح فيها النبش فقال الأحناف : إذا دفن الميت من غير تكفين فلا ينبش القبر ، لأن التراب قد ستره بدلا من الكفن ،فلا يباح هتك حرمته ، لأنها حينئذ تكون أكثر من تكفينه ،ولا داعي للنبش ما دام التراب قد ستره.

أما إذا دفن الميت من غير غسل فإنه ينبش القبر ، لأنه لا بد من غسل الميت .

وقال الشافعية : إذا دفن الميت لغير جهة القبلة أو دفن في ثوب أو في أرض مغصوبة فإنه ينبش قبره ،بشرط أن يكون النبش عقب الدفن ،ولم يتحلل جسده .

قال السيوطي : (وغصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم)
الحيوان المحترم هو : الذى لا يجوز قتله ،والحيوان غير المحترم خمسه : الحدأة والكلب العقور ، والحية ،والفأرة ،والغراب ،وهذه يجوز قتلها وما عدا هذه الحيوانات الخمسه إذا جرحت وجب علينا

أن نعالجها ونعمل على المحافظة على حياتها ، فالمحافظة عليها ضرورة ،لكن قد نتعرض لبعض المحظورات في سبيل المحافظة عليها ، بأن نغصب خيطا نخيط به جرح هذا الحيوان المحترم ،فالضرورة هي الإبقاء على حياتها بعلاجها ،والمحظور هو غصب خيط لخياطة الجرح ،فأُبيح المحظور لدفع الضرورة ، حتى تزول الأضرار وإلا لبقيت ، والقاعدة أن الضرر يزال .

قال السيوطي : (بشرط عدم نقصانها عنها ، ليخرج مالو كان الميت نبيا ،فإنه لا يحل أكله للمضطر لأن حرمته أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر ،ومالو أُكره على القتل أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالإكراه ، لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكرَه أو تزيد عليهما ومالو دفن بلا تكفين فلا ينبش ، فإن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه).

قول السيوطي : (بشرط عدم نقصانها عنها) جزء من القاعدة التي نتحدث عنها وهي (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها) ومعناه أن الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصان الضرورات عن المحظورات ،فلو كان المحظور أقوى وأشد من الضرورة فلا يباح ارتكاب المحظور حينئذ كما في حالة (أكل جسد النبي) فلو كان إنسان في مخمصة واضطر لأن يأكل من جسد نبي فإنه لا يباح له ذلك لأن حرمة جسد النبي أقوى وأعظم من حفظ مهجة المضطر.

وكما لو أكرهه إنسان بالقتل على الزنا أو قتل إنسان آخر ، فإنه لا يباح للمكرَه أن يرتكب الزنا أو يقتل غيره ، لأن في كل منهما مفاسد كثيرة لا تقل عن حفظ مهجته ، بل قد تزيد عنها ، ففي الزنا لو فعله المكرَه لترتب على زناه إلحاق العار بأنفس كثيرة بالمزني بها وبأمها وأبيها وأبنائها وجميع أسرتها ويضيع شرفها وشرف الجميع معها ، وإشاعة للفاحشة .

وفي القتل لو فعله المكرَه لترتب على قتله لغيره ، قتل نفس معصومة الدم ، فيقتص منه ، لأن حفظ روحه ليس أولى من حفظ روح من سيقتله مكرَها ، فالضرورة هنا ، وهي حفظ روحه تنقص عن المحظور وهو قتل المكرَه على قتله ، فأولى له أن يموت على يد المكرِه من أن يقتل هو نفسا معصومة الدم .

وفي هذه الأمثلة وأشباهها لا تباح المحظورات لنقصان الضرورات عنها ، فاختل الشرط وهو عدم نقصان الضرورات عن المحظورات .

وكما لو دفن الميت من غير تكفين فإنه لا ينبش قبره ، لأن الفساد المترتب على هتك حرمته أشد وأعظم من عدم تكفينه ، وقد قام الستر بالتراب مقامه .

القاعدة الثانية : (ماأبيح للضرورة يقدر بقدرها)

هذه القاعدة مرتبطة كسابقتها بالقاعدة الأم وهي (الضرر يـــزال)

ومرتبطة بالقاعدة السابقة عليها وهي (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها) وارتباطها بالقاعدة الأم وهي (الضرر يزال) أنــه لو لم تقدر الضرورة بقدرها لوقع الضرر ، لأنه عند تجاوزنا للقدر نقـــع في المحـرم ،وهذا ضرر ،فلا يتحقق معه قاعدة (الضرر يزال) فلا بــد من أن يزال الضرر بقدره فقط .

وارتباطها بقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنهـا) أن هذه القاعدة عبارتها مطلقة ، حيث إنها تفيد أن الضرورات تبيـح المـحظورات مطلقا ، فجاءت قاعدة (ماأبيح للضرورة يقدر بقدرهـا) قيدًا لها ، فيصبح المعنى : أن الضرورات تبيح المحظورات على أن تقـدر الضرورة بقدرها فقط ولا تزيد لأن ما زاد عن قدر الضرورة لايزال على الحظـر والمنع ،فلا يباح . ويستفاد دليل هذه القاعدة من قوله تعالى : (إنمـا حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وماأهل به لغير الله فمن اضطر غيـر باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم) (١) فقوله تعالى (غيـر باغ ولا عاد) أي غير متجاوز حد الضرورة وقوله تعالى : (وقد فصل لكـم ماحرم عليكم إلا مااضطررتم اليه) (٢) ، والقدر الزائد على حد الضرورة لا يكون مضطرا إليه فلايباح تناوله .

(١) ــ الآية رقم ١٧٣ من سورة البقرة .

(٢) ــ الآية رقم ١١٩ من سورة الأنعام .

ومن فروع هذه القاعدة مايلي كما قال السيوطي :

(١)-(المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق) المضطر : هو من كان في مكان لايجد فيه طعاما حلالا يتناوله ،ولم يجد سوى الميتة ،وكان في حالة مخمصة ،فإذا لم يأكل من الميتة مات مع أنه مأمور بالمحافظة على نفسه ، لقوله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وإذا أكل منها أبقى على حياته ،فيكون له أن يأكل من الميتة بقدر مايسد رمقه ، ويبقى على حياته فقط ولا يتجاوز هذا القدر ،فإذا زاد عنه أثم ،لأن الزائد لايزال باقيا على الحرمة .

(٢) - (ومن استشير في خاطب واكتفى بالتعريض كقوله : لايصلح لك ، لم يعدل إلى التصريح) إذا استشار رجل رجلا في شخص تقدم لخطبة ابنته حتى يعلم منه ماهو عليه من صفات طيبة أو سيئة حتى يقبله زوجا لابنته أو يرفضه ،وكان المستشار يعلم عنه صفات ذميمة تدعو للانصراف عنه ، والمستشار مؤتمن كما يقولون ،والاستشارة ضرورة ،وكان لابد من أن يخبر المستشير بما يعلمه عن الخاطب من سوء فإن كان يفهم بالتعريض فلا يحق للمستشار أن يصرح بذكر عيوب الخاطب ،بل يقول له : هو لايصلح لابنتكم ،أو إذا أكرمكم الله بغيره يكون أفضل، وهكذا ، لأن الضرورة حرمت التصريح ، لأن فيه ذكر سوءات الناس ،والخوض في أعراضهم من غير ضرورة .

فالضرورة هنا هي معرفة صلاحية الخطيب ، ومادام المستشير يفهم بالتعريض الذي يدل على المراد فلايجوز التصريح ،لأنه يكون حينئذ مجاوزة لحد الضرورة .

أما إذا كان المستشير لايفهم إلا بالتصريح فيجوز للمستشار أن يصرح بالكلام ، لأنه يكون ضرورة حينئذ .

(٣) (ويجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم ،ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف)،نبات الحرم بمكة والمدينة يحرم أخذه ، لقوله صلى الله عليه وسلم (إن ابراهيم حرم مكة وأنا حرمت المدينة مابين لابتيها[1] لايصاد صيدها ،ولا يعضد شجرها)إلا اذا وجدت ضرورة كوجود حيوان بالحرم لو لم يؤخذ له غذاء نبات الحرم لهلك ومات ،فإنه يؤخذ له منه مايأكله للضرورة ،أما أخذ نبات الحرم لبيعه فلا يجوز ،لأنه لا ضرورة في بيعه ،ولم يبح الشارع نبات الحرم إلا لدفع الضرر ،ولا ضرر هنا حتى يندفع ببيعه .

(٤) - والطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة ،لأنه أبيح للضرورة ، فإذا وصل مصر الإسلام امتنع ، ومن معه بقية ردها) .

دار الحرب : هي التي تكون مع الكفار ،وهذا عند جمهور العلماء ماعدا الشافعية . أما الشافعية فقالوا : هي الدار التي لا يوجد فيها مسلم ، فإن كان فيها مسلم فهي دار إسلام ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه والطعام : هو كل مايؤكل سواء للاقتيات أو التفكه أو التداوي .

وأخذ المجاهد شيئا من الطعام الذي استولى عليه من أهل الحرب

(١) - لابتيها : أي جبليها .

يجوز لدفع حاجته إليه مع أن هذا الطعام ليس ملكا له وحده بل لجميع المسلمين ، وإنما أبيح تيسيرا عليه ، وحتى ينشط للجهاد ولا تثبط همته ، مادام يجاهد حتى يصل إلى بلاد الإسلام والذى دعا إلى هذا هو حاجته ، فالضرورة هى الحاجة ، وقد تنزل الحاجة منزلة الضرورة ، فإذا وصل إلى بلاد المسلمين امتنع الأخذ وحرم عليه ، وإن كان معه شيء رده ، لأن الضرورة قد زالت ، وهذا الطعام ليس ملكا له وحده ، بل يشترك فيه جميع المسلمين ، فأخذه من هذا الطعام بعد وصوله إلى دار الإسلام تجاوز لحد الضرورة فيكون حراما ، وكل ما يأخذه زيادة عن المباح يكون غلولا وسرقة ، فإذا اختزن شيئا أو خبأه فقد زاد على قدر الضرورة فيجب رده .

(٥) ـ (ويعفى عن محل استجماره ، ولو حمل مستجمرا فى الصلاة بطلت) .

الاستجمار : مأخوذ من الجمار ، وهو الحصى الصغير ، والاستجمار شرعا : إزالة الخارج النجس الملوث من الفرج عن الفرج بحجر يكون طاهرا قالعا غير محترم وهذا خاص باستعمال الحجارة فإن أزالها بماء أو حجارة سمى استنجاء أو استطابة . ومحل الاستجمار هو : القبل أو الدبر[1] وقد أوجب الإسلام الاستنجاء إما بالماء الذى يزيل عين النجاسة وأثرها ، أو الحجر وهو يزيل عين النجاسة فقط ، لكن قد يبقى أثرها عالقا بالمحل ، ولما كانت الضرورة من استعمال الحجر تقتضى أن يترك أثرا للنجاسة على المحل فقد عفى الشرع عن هذا الأثر ، وأباح الصلاة معه بعد

(١) ـ الباجورى على ابن قاسم جـ١ صـ ٦٢ ـ ٦٣

الوضوء للضرورة ، أما أن يحمل مستجمرا فلا يباح ذلك ،لأنه لا ضرورة لحمله ،لأن محل استجمار الشخص المحمول تجاوز حد الضرورة ،والضرورة تقدر بقدرها .

(٦) ـ (ويعفى عن الطحلب في الماء ،فلو أخذ ودق ،وطرح فيه وغيّره ضـر) .

الطحلب : هو شيء أخضر لزج يخلق في الماء ويعلوه (١) ،ولو تغير الماء بوجوده لا يضره ، لأن وجوده ضرورة في الماء غالبـا فهو معفو عنه ، لعدم إمكان الاحتراز عنه ،فوجدت الضرورة بعدم إمكان الاحتراز عنه ،أما إذا أخذه من الماء ودقه ،ثم طرحه في الماء ثانيا ، فهذا يكون زائد عن الضرورة ،والضرورة تقدر بقدرها .

(٧) ـ (ويعفى عن ميت لا نفس له سائلة ، فإن طرح ضر) .

النفس لغة : تطلق على الذات ،يقال :جاء فلان نفسه ،أى ذاته للتأكيد،وتطلق على الروح ، يقال : خرجت نفسه ،أى روحـه ، وتطلق على الدم ،يقال : سالت نفسه ،أى دمه،وسمى الدم نفسا لأنه قوام نفس الإنسان (٢) ،ويقصد بالنفس هنا الدم ،لأنها وإن كانت من قبيل المشترك اللفظى إلا أنه يرجح معنى الدم هنـا قوله (نفس سائلة) فلفظ (سائلة) قرينة على إرادة الدم لا غيـره من المعانـى .

فإذا وقع في الماء ما لا دم له كالذباب ونحوه جاز استعماله ، لأن هذا ضرورة لعدم التحرز عنه ،لأنه لا يستطيع أحد أن يمنع وقـوع

---

(١) المصباح المنير ج٢ الطاء مع الحاء وما يثلثهما (طحلب) ومختار الصحاح ـ باب الطاء (طحلب)

(٢) المصباح المنير ج٢ ـ النون مع الفاء وما يثلثهما (نفس) ،ومختار الصحاح ـ باب النون ـ (نفس)

الذباب ونحوه في الماء أو الشراب ، أما إذا جمع الذباب ونحوه
ثم طرحه في الماء أو الشراب فإنه لا يجوز استعماله ، لأنه يمكن
التحرز عنه ، فلا ضرورة له حينئذ ، فيكون زائدا عن حد الضرورة
والضرورة تقدر بقدرها .

(٨) — (ولو فصد أجنبي امرأة وجب أن تستر جميع ساعدها ، ولا يكشف
إلا ما لابد منه للفصد) . الفصد : هو قطع العرق (١)
وقد عبر بالفصد هنا للتمثيل فقط ، ولا يقصد الاقتصار عليه ،
وإنما جميع أنواع العلاج من الرجل الأجنبي للمرأة الأجنبية
عنه تأخذ هذا الحكم ، فلا تكشف أما ، إلا ما تقضي به الضرورة
فإذا زادت عن حد الضرورة وكشفت أكثر أثمت المرأة وأثم الرجل
المعالج ، لأنه لا ضرورة حينئذ ، والضرورة تقدر بقدرها .
وهذا بخلاف ما إذا عالجها رحم محرم منها فإنه يلاحظ في حقه
ما يحل له أن ينظر إليه من جسدها عند علاجه لها ، ويقف
عند حده ، فقط للضرورة ، ولا يتجاوزه ، ودليل هذا هو قياس هذه
المسألة على مسألة الأكل من الميتة للمضطر ، فإنه مقيد بالضرورة
فلا يتجاوزها فكذلك هنا ، لأن كلا منهما محرم في الشرع وقد
أبيح فقط للضرورة ، لأن الزائد على الضرورة لا ضرر منه ، والمسلم
مطالب بإزالة الضرر فقط ، لأن الضرر يزال .

(٩) (والجبيرة يجب أن لا تستر من الصحيح إلا ما لا بد منه للاستمساك)

---

(١) المصباح المنير ج٢ — النون مع الفاء وما يثلثهما (نفس) ، ومختار الصحاح — باب النون (نفس)

الجبيرة : هى العيدان التى تجبر بها العظام لإصلاحها من الكسر حتى تلتئم .(١) وقد أبيح وضعها ليتم الشفاء باذن الله تعالى ، ولكن قد يحتاج واضعها أن يتطهر للصلاة وهذه ضرورة ، ومن المعتاد أن الجبيرة لا تكون متماسكة على العظام المكسورة إلا بأن تغطى جزءا سليما من البدن غير المكسور . فتكون قد غطت الجزء المكسور ومعه جزء من السليم حتى تتماسك على العظام المكسورة . فجازت الطهارة معها حينئذ للضرورة ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها كان الزائد عن هذا الحد الذى به تستمسك الجبيرة زائدا عن حد الضرورة ، فتجب إعادة الصلاة عند الإمام الشافعى لنقص الطهارة بالوضوء وهو الأصل ، والتيمم وهو البدل .

وطريقة التطهر لصاحب الجبيرة عند الشافعية أن يغسل الصحيح ويمسح على الجبيرة بالماء مادام لم يمكنه نزعها ويتيمم ويصلى ولا يعيد الصلاة إن كان وضع الجبيرة على طهر ، وكانت فى غير أعضاء التيمم .

أما إن كان قد وضعها على حدث أو كانت فى أعضاء التيمم مطلقا بأن وضعها على طهر أو على حدث فإنه يعيد ، والفرق بين أعضاء التيمم وغيرها أنها إن كانت فى أعضاء التيمم يلزم نقص البدل وهو التيمم والمبدل وهو الغسل بالماء معا، لعدم وصول شىء من الماء أو التراب لمحل الجبيرة . أما إذا كانت الجبيرة فى غير أعضاء التيمم فلا يكون فيه إلا نقص المبدل فقط دون البدل . لأن التيمم فى الوجه واليدين فقط ولا جبيرة فيهما .(٢)

---

(١) المصباح المنير جـ١ كتاب الجيم (جبر) ومختار الصحاح – باب الجيم (جبر) . (٢)- الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص١٠١، ١٠٢ .

ويشترط لعدم الإعادة فيما سبق لصاحب الجبيرة أن لا تأخذ من الصحيح إلا مالا بد منه للاستمساك ، فإن أخذت زيادة على ذلك وجبت الإعادة سواء وضعها على طهر أم على حدث .
ومثل الجبيرة في الحكم كل مايلصق بالجرح من خرقة أو قطن أو نحو ذلك ، ومايعصب على محل الكسر من الأربطة ونحوها ، ومايوضع على الجرح من مراهم أو مواد تلتصق بالجرح أو دم تجمد عليه فإن كان الماء يصل إلى ماظهر لم يجب عليه التيمم وإلا وجب عليه التيمم والمسح على الخيط وغسل الصحيح ولا إعادة إن كان خاطها على طهر وإلا وجبت الإعادة (١)

فالجبيرة لا تأخذ من العضو إلا مالا بد منه للاستمساك ، لأن الضرورة تقدر بقدرها .

أما التطهر لصاحب الجبيرة عند الأحناف فيكون بغسل الصحيح والمسح على الجبيرة بالماء ، فهم يجعلون المسح على الجبيرة يقوم مقام غسل ماتحتها للضرورة .

(١٠) ـ (المجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة لاندفاع الحاجة بها) .

لو تزوج المجنون بامرأة واحدة زوجها له وليه كانت ضرورة لحفظه عن الزنا ولقضاء الشهوة ، فإذا أراد وليه أن يزوجه بزوجة ثانية كان هذا تجاوزًا لحد الضرورة فلا يجوز ، مادامت الضرورة تدفع بزوجة واحدة ، لأن زواجه بواحدة إنما ثبت على خلاف الأصل للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها لايزاد عليها ، لأن الزائد

(١) ـ الباجوري على ابن قاسم جـ ١ صـ ١٠٠ ـ ١٠١

حينئذ يكون متعة زائدة ، لحصول العفة بزوجة واحدة ، وهذا لايجوز ، فإذا زوجه وليه زوجة ثانية كان العقد صحيحا لكن يثبت لكل من الزوجتين الأولى والثانية حق فسخ الزواج للجنون مالم تكن راضية .

(١١) ـ (وإذا قلنا : يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد لم يجز إلا بقدر ما يندفع ، فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة . صرح به الإمام ، وجزم به السبكي والأسنوي) .

جميع أئمة المذاهب قالوا بجواز تعدد الجمعة في البلد الواحد لوجود ضرورة ، وقد جعل الشافعية من شرائط صحة صلاة الجمعة أن لايسبقها ولا يقارنها في التحرم جمعة أخرى في محلها ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين لم يقيموا سوى جمعة واحدة ، ولأن الاقتصار على جمعة واحدة يكون إظهارا لشعار الاجتماع ، واتفاق الكلمة ، إلا إذا تعسر اجتماعهم بمكان واحد ، مثل أن يكون أهل البلد جماعتين بينهما دم ، أو يكونوا كثيرين لا يمكن جمعهم في مسجد واحد من غير مشقة أو مكان غير مسجد ، فإنه يجوز التعدد حينئذ للحاجة وتقدر بقدرها على أظهر القولين وهو المعتمد ، وقيل : لايجوز التعدد ولو لحاجة ، وهو ظاهر النص ، وعلى القول الأول بجواز التعدد للضرورة أو الحاجة تصح كل جمعة ، أما إذا لم توجد ضرورة ولا حاجة وكان المسجد يسع جميع المصلين في الجمعة وصلى البعض في مسجد آخر ، فإن الجمعة تكون لمن سبق ، بالتكبير أو بالتسليم على رأيين ، لأن المسجد الثاني يكون زائدا عن حد الضرورة أو الحاجة وهي تقدر بقدرها فلا يكون للمسجد الآخر

ضرورة ولا حاجة ويكفي المسجد الأول مادام يتسع للجميع .

وهذا إذا كانت الضرورة تندفع بمسجد واحد مع المسجد الأول فإن كانت تقتضي مسجدا ثالثا ، على المسلمون الجمعة بالثلاثة مساجد فاذا كان يكفي مسجدان فلا تصح الصلاة بالصلاة بالثالث ، لأن الضرورة تقدر بقدرها (١) وفي عصرنا الآن أصبح التعدد لحاجة ، لأن الناس تلحقهم متاعب ومشقات في التجمع بمسجد واحد بالمدن وخاصة العواصم الكبرى ، ولهذا يجوز تعدد صلاة الجمعة بالمساجد الآن في عصرنا الحاضر .

(١٢) ـ (ومن جاز له اقتناء الكلب للصيد لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به . صرح به بعضهم ، وخرجه في الخادم على هذه القاعدة) . الأصل في اقتناء الكلب أنه لا يجوز لنجاسته ، وقد وردت أحاديث تفيد بأن الملائكة لا تدخل بيتا فيه كلب أو صورة ، وقد ورد أن جبريل لا يدخل بيتا فيه كلب ، فسأله النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك ، فقال له : لقد منعنا أن ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ، ومع هذا فقد تدعو إلى اقتناء الكلب الضرورات أو الحاجات للحراسة أو الصيد فقد أباح الإسلام اقتناءها حينئذ لهذين الغرضين للضرورة والضرورة تقدر بقدرها ، فمن لا يحتاج إلى استعمال الكلب للحراسة أو الصيد لا يجوز له أن يقتنيه ، لعدم الضرورة ومن احتاج إلى استعمال الكلب للحراسة أو الصيد لا يحل له أن يقتني أكثر من حاجته منها ، لأن الضرورة تقدر بقدرها

(١) - ينظر الباجوري على ابن قاسم جـ ١ ص٢٢١-٢٢٢

فمن كان يكفيه كلب واحد لا يجوز له أن يقتني كلبين ، ومن كان يحتاج إلى كلبين لا يقتني ثلاثة وهكذا ، لأنه لا ضرورة للزائد عن حاجته ، فإن اقتنى أكثر منها كان آثما ، وهذا كله إذا توفرت الشروط في كلاب الصيد وهي :-

(١) - إذا أرسلها صاحبها استرسلت .

(٢) - إذا زجرها انزجرت ، فإذا نهاها انتهت ، وإذا أمرها استمرت .

(٣) إذا قتلت صيدا لم تأكل منه شيئا .

(٤) - أن يتكرر منها ما سبق ، حتى يظن تعلمها ، والمرجع في في التكرر يكون بسؤال أهل الخبرة الذين يتولون تعليم الكلاب الصيد .

فإذا توفرت هذه الشروط حل صيد الكلب ، وحل اقتناؤه . أما إذا عدمت أو عدم بعضها فلا يحل أكل ما اصطاده الكلب إلا إذا أدركه الإنسان وذكاه فإنه يحل حينئذ ، وإذا لم يحل صيده فلا يحل اقتناؤه .(١)

تنبيه : خرج عن هذا الأصل صور :

منها : (١) العرايا ، فإنها أبيحت للفقراء ، ثم جازت للأغنياء في الأصح .

---

(١) الباجوري على ابن قاسم ج ٢ ص ٢٩٦ .

خرج عن القاعدة الأصل (الضرورة تقدر بقدرها) بعض الفروع فلم تأخذ حكمها ، بل أخذت حكما غير حكمها ، مع أنها تعتبر فروعا لها ، ومتحدة الشبه بفروع القاعدة . من هذه الفروع التي اختلفت في حكمها عن القاعدة (العرايا) جمع عرية ، وهي بيع ما على شجرة العنب أو النخل من الثمر خرصا وتخمينا وتقديرا بمثله على الأرض كيلا أو وزنا من الزبيب أو التمر ، ودليل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع التمر بالرطب والزبيب بالعنب ، فقد روى رافع بن خَديج وسهل بن أبي حثمةَ (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة الثمر بالتمر إلا لأصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه) (١) رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح .

فهذا الحديث وغيره يدل على الترخص في العرايا ، توسعة على الفقراء الذين لا يجدون ما يشترون به الرطب نقدا . (٢) فالرخصة كانت للفقراء وهم أصحاب الحاجة والضرورة، ثم تعدت الرخصة إلى غيرهم من الأغنياء ، لأن " الإذن " من الرسول عام لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ويكون على هذا لم تقدر الضرورة بقدرها ، حيث إنها كانت في الأصل للفقراء ثم صحت للأغنياء ، فيكون الفرع غير موافق للقاعدة

(١)- رواه الترمذي في صحيحه في (باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك)

(٢)- ينظر البحر الزخار ج ٣ ص ٣٤١ .

فى الحكم على الأصح ، لأن الضرورة لم تقدر بقدرها ، وكان الأصل أن لا تجوز للأغنياء ، لأنها ربا وأبيحت للفقراء للضرورة والضرورة تقدر بقدرها ، والغنى يستطيع الشراء بالمال بعكس الفقير . ولكن الإذن لما كان من باب التخصيص بالسبب فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، فخرج الفرع عن القاعدة ، وأخذ حكما غير حكمها مع أنه من مسائلها .
ولكن هذه المسألة ليست كما قال السيوطى ، لأن الضرورة لم تتحقق فيها لأنها ليست من القاعدة مطلقا ، ولهذا لا يتحقق فيها الاستثناء لأن الاستثناء فرع كونها تتحقق فيها الضرورة ، وما دامت الضرورة لم تتحقق فيها فلا تكون من القاعدة ولا من المستثنيات ، لأن الفقراء إذا لم يأكلوا رطبا لا يلحق بهم ضرر .

(٢) ـ (ومنها الخُلْع ، فأنه أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ، ثم جاز مع الأجنبى) .

الخَلْع لغة : هو النزع ، يقال : خلع نعله أى نزعه ، وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو ، والخلع : استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد من الزوجين لباس للآخر (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن)[١] فكأن كل واحد من الزوجين نزع لباسه عنه ، وفى الدعاء (ونخلع ونترك من يفجرك)[٢] والخُلع شرعا هو : فرقة بين الزوجين بلفظه أو بلفظ المفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج[٣]

(١)ـ الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة
(٢)ـ المصباح المنير جـ١ ص٢٧٤ الخاء مع اللام وما يثلثهما (خلع) ومختار الصحاح باب الخاء (خلع) ص ١٨٥
(٣)ـ الباجورى على ابن قاسم جـ٢ صـ١٤١ .

ودليل مشروعيته قوله تعالى (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)(١) وما رواه البخارى (أن أم حبيبة بنت سهل الأنصارى جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت له يارسول الله إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ، ولكنى امرأة أكره الكفر فى الإسلام - أى كفران نعمة الزوج - فقال لها صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ، فقالت : نعم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة) وهو أول خلع وقع فى الإسلام . والأصل فى الخلع أن يكون المال مدفوعا من الزوجة لزوجها ، للضرورة ، وتقدر بقدرها ، والأصل أيضا أن الزوج يعطى الزوجة ولا يأخذ شيئا منها ، ولكن أبيح له أن يأخذ منها للضرورة . ثم جاز الخلع مع الأجنبى بأن يقول رجل للزوج : خالع زوجتك وأعطيك كذا من المال ، مع أنه أجنبى لا يشمله النص فى قوله تعالى : (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فالآية واردة فى الزوجين للضرورة وهى تقدر بقدرها ، والضرورة هى أن تخالع الزوجة لخوفها من عدم إقامة حدود الله تعالى مع زوجها فى تعاملها ، وعدم عصيانه ، وبجوازه مع الأجنبى خرج الفرع عن القاعدة ، لأن الضرورة قد زادت عن قدرها بجواز الخلع مع الأجنبى . وفى الحق إن هذه المسألة كسابقتها لم تتحقق فيها الضرورة وليست من القاعدة ولا يتحقق فيها الاستثناء لأن الخلع جائز للزوجة للضرورة ، أما لغيرها من الأجانب فلا ضرورة ، فلا يكون فيها استثناء ، لعدم تحقق أصل القاعدة .

(١) - الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة .

(٣) - (ومنها اللعان : جوز حيث تعسر إقامة البينة على زناها ثم جاز حيث يمكن على الأصح) اللعان لغة : مأخوذ من اللعن وهو البعد والطرد . وشرعا : هو كلمات مخصوصة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به[1] ودليله قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) [2]

وارتباطه بالقاعدة أنه إذا لم يكن شهود على الزنا فإن اللعان يجوز للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، لكن إذا وجد شهود فلا ضرورة فلا يجوز اللعان حينئذ ، لكن أجازه العلماء مع وجود البينة ، فأصبحت الضرورة زائدة عن قدرها ، ولكن هذه المسألة كسابقتيها لم تتحقق فيها الضرورة ، وبالتالي فلا تدخل تحت القاعدة ولا تكون مستثناة ؛ لأن اللعان إنما يصح عند عدم وجود البينة للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، فإذا وجدت البينة فلا ضرورة للعان فلا يجوز .

مراتب التناول خمسة

إباحة الممنوع على المسلم سواء كان على وجه التحريم أم على غير وجه التحريم تكون على خمس مراتب :

(١) الضرورة (٢) الحاجة (٣) المنفعة (٤) الزينة (٥) الفضول .

(١)- الباجوري على ابن قاسم جـ٢ ص ١٦٧ - ١٦٨ .
(٢)- الآية رقم ٦ من سورة النور .

(١) الضرورة : وهى بلوغ المسلم حداً إن لم يتناول الممنوع يهلك أو يقارب الهلاك ، فيباح له تناول الحرام مثل الميتة والخمر كما في حالة المخمصة والغصة ، والنطق بكلمة الكفر عند حالة الإكراه بالقتل ونحوه .

(٢) الحاجة : وهى بلوغ المسلم حداً لا يهلك ، ولكن يكون فى جهد ومشقة ، مثل الجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لا يهلك ولكن يكون فى جهد ومشقة ، وهذا لا يباح له تناول الحرام ، ولكن يباح له الفطر فى الصوم ، لأن المشقات لا تبيح المحرم وإنما تبيح الرخصة فقط .

(٣) المنفعة : وهى مثل حالة من يشتهى خبز القمح ، ولحم الضأن ، والطعام الدسم ، وهذه لا تتعلق بإباحة المحظور ، ولا الحاجة .

(٤) الزينة : وهى حالة من يشتهى الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير وكتان .

(٥) الفضول : جمع فضل ، وهو الزيادة ، وهو كل أمر متردد بين الحل والحرمة ، فهو شبهة ، والورع تركه ، لقوله صلى الله عليه وسلم (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك) ، وكل ما فيه شبهة أو تردد فيه العلماء ، واختلفوا فى حكمه من الأفضل تركه ، لأن الفضل أن تعطى لنفسك كل ما تشتهيه ، هذه هى مراتب كل ما تطلبه النفس فى الحياة ، وقد تبيح الضرورة ما حرم منه ، وقد تبيح الرخص بعضه وقد لا تبيحه كما سبق بيانه .

قاعدة تقرب من القاعدة السابقة

قال السيوطى : (قريب من هذه القاعدة : ما جاز لعذر بطل

بزواله كالتيمم يبطل بوجود الماء قبل الدخول في الصلاة ، ونظيره :

الشهادة على الشهادة لمرض ونحوه ، يبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم (قبل الحكم)

أي قاعدة (ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها) يقرب منها (ما جاز لعذر بطل بزواله) لأن السبب المقتضي له قد زال ، مثل الزائد على قدر الضرورة ، كالتيمم يبطل بوجود الماء قبل الدخول في الصلاة ، لأنه لم يشرع في المقصود بالتيمم وهو الصلاة ، فإن شرع في الصلاة فإنه يتم صلاته ثم يعيدها ، إن كانت الصلاة مما لم يسقط فرضها بالتيمم ، لأن الأصل إبقاء ما كان عليه .

ومثله : الشهادة على الشهادة لمرض ونحوه ، فإنها تبطل إذا حضر الأصل عند القاضي قبل النطق بالحكم ، والشهادة إما شهادة تحمل أو شهادة أداء ، فالتحمل تكون لمن رأى الواقعة ولم يرها غيره ، فالتزم بنقل ما رآه وهذه تكون واجبة عينيا ، أما إذا كان قد رآها غيره ، فإنها تكون واجبة عليه وجوبا كفائيا . والأصل أن يؤدي الشهادة من رأى الواقعة وشهدها لكن قد يطرأ عليه من الأعذار ما يمنعه من حضور مجلس القضاء لأداء الشهادة مثل سفر بعيد فوق مسافة القصر ، أو مرض أو نحو ذلك فإنه يأتي بشاهدين ينوبان عنه في أداء الشهادة أمام القاضي فيقول لهما : أشهدا أني أَشْهد بكذا ، فإذا ذهبا إلى مجلس القضاء قال كل منهما عند أداء الشهادة : أشهد أن فلانا أشهدني بكذا .. الخ .

وهذه الشهادة من الشاهدين على شهادة الشاهد الغائب عن مجلس القضاء جائزة أمام القاضي ما دام عذره قائما ، فإذا انتهى عذره وحضر مجلس القضاء قبل الحكم تبطل شهادة الشاهدين على الشهادة

لزوال العذر ،بأن حضر المسافر أو شفي المريض، أما إذا كانت الشهادة على الشهادة نيابة عن المرأة المخدرة فإنها تجوز مع حضورها .

فإذا كان حضور الشاهد الأصيل بعد حكم القاضي ،فإن الحكم لاينقض لصحة الشهادة على الشهادة .

القاعدة الثالثة : (الضرر لايزال بالضرر)

حكى السيوطي قال :قال ابن السبكي : (و هو كقائد يعود على قولهم " الضرر يزال ، ولكن لا بضرر " فشأنهما شأن الأخص مع الأعم بل هما سواء ، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق (الضرر يزال).أي إن قاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) من القواعد المرتبطة بالقاعدة الأعم وهي (الضرر يزال) ،وتعتبر مقيدة لها ،لأن معنى قاعدة (الضرر يزال) أنه يجب إزالة الضرر ولو بضرر آخر ،فمعناها مطلق ،فجاءت هذه القاعدة وهي (الضرر لايزال بالضرر) لتقييد إطلاق القاعدة السابقة ، أي إن الضرر تجب إزالته لكن بغير ضرر آخر ،فهي مثل الاستدراك على الأولى ، وهي معها مثل الأخص مع الأعم ، لأن قاعدة (الضرر لايزال بالضرر) هي الأخص وقاعدة (الضرر يزال) هي الأعم ويتحقق الأخص يتحقق الأعم، لكن إذا تحقق الأعم لايلزم منه تحقق الأخص ،لأن الضرر يمكن أن يزال ولكن بضرر آخر ،ولأنه لو أزيل الضرر بالضرر، فإن الضرر الأخير يكون باقيا فلا يصدق معنى القاعدة الأولى وهي (الضرر يزال) بل أزلنا ضررا وبقي ضرر غيره .

ومعنى قاعدة (لايزال الضرر بالضرر) أنه لا يزال ضرر امرئ بضرر امرئ آخر

لأن جميع الخلق عباد الله ، وكلهم بحسب الخلقة سواء عند اللـــه تعالـــى .

والضرر في اللغة : هو المكروه ،وهو ضد النفع ، وهو كـــل نقص يدخل الأعيان [(١)] ويتحقق الضرر بفعل المكروه الذي يترتـــب عليه نقص في الإنسان أو في مالـــه أو غير ذلك مما يكون ضد النفع.

قال السيوطي (ومن فروع هذه القاعدة عدم وجوب العمارة علـــى الشريك في الجديد) .

الفروع التي تندرج تحت قاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) كثيرة ،وقد جـــاء السيوطي بمثال للتمثيل حتى يمكن أن يقاس عليه غيره ،ولذلك قـــال : من هذه الفروع (الخ) إذا وجد منزل لشريكين ويحتـــاج إلى ترميم بعض أجزائه ،وامتنع أحد الشريكين عن إجراء هذا الترميم لعدم استطاعته ، وأراد الشريك الآخر إجراءها ، ففي المذهـــب القديم يجب إجراء الترميم والإصلاحات اللازمة ،ويقوم بالإنفاق عليهـــا الشريك الذي يريد إجراءها ،ثم يأخذ نصيب الآخر من تكاليـــف الترميم والإصلاح من أجر البيت ، ويلزم أن يستولي على أجر البيـــت حتى يتم له أخذ جميع ما أنفقه لحساب الشريك الممتنع .

وفي المذهب الجديد لا يجب إجبار الشريك الممتنع ،لأنـــه لو أجبر لترتب على ذلك إزالة ضرر عن الشريك الطالب والحاق ضـــرر آخر على الشريك الممتنع بإلزامه بدين قد لا يستطيع أداءه.

---

(١) ـ المصباح المنير جـ٢ صـ٥٤٩ الضاد والراء وما يثلثهما ضـــرر ومختار الصحاح باب الضاد (ضرر) صـ٣٧٩ وينظر ص ٣٧ من هذا الكتاب.

(٢) ـ (وعدم إجبار الجار على وضع الجذوع) ·

الجذوع : يراد بها مايوضع من أعواد ونحوها لإبقاء السقف عليهما على جدار مملوك لشخص آخر وليس مشتركا بين واضع الأعواد والجار، لأن الجدار الخاص الذي يملكه الجار لايحق لشخص أن يضع عليه أعوادا لأنه ليس له ملك بالجدار ، فهو بوضعه للأعواد قد أذهب الضرر عن نفسه لكن ألحق ضررا آخر بالجار ،فيكون قد أزال ضررا بضرر آخر ، أما إذا كان الجدار مشتركا بينهما فيحق لكل منهما وضع مايريد من أعواد ،لأن له ملكا يضع عليه ،إلا إذا كان الجدار خاصا بالآخر ورضي بأن يضع غيره الأعواد عليه لأنه قد تنازل عن حقه ·

(٣)-(عدم إجبار السيد على نكاح العبد والأمة التي لا تحل له) ·

إذا كان السيد يملك عبدا فإنه لايجبر على تزويجه ،لأنه إذا تزوج فإنه سيكون مع زوجته في معظم الأوقات ، فتقل خدمته لسيده ، وبذلك تفوت مصلحة السيد ، فيلحقه الضرر ، فيكون الحال أننا بإجبار السيد على تزويج عبده قد أزلنا ضررا عن العبد وألحقنا ضررا بالسيد ،ونكون قد أزلنا ضررا بضرر ،وعلى هذا لايجبر القاضي السيد بتزويج عبده ، لكن لو أراد السيد أن يزوج عبده باختياره ورضاه جاز ذلك ،لأنه صاحب الرأي ·

وكذلك لو ملك السيد إحدى محارمه من الإماء ،في أخته أو بنت أخته أو خالته أو عمته أو بنت أخيه الخ · خلاف أصوله

أو فروعه ، كالأم والبنت ، لأن الأصل والفرع يعتق عليه ويصير حرا بمجرد أن يتملكه ، فإن السيد لايجبر على تزويج هذه المحرم ، لأنها إذا تزوجت فسوف تذهب إلى بيت زوجها ويقل وجودها عند سيدها فتضيع عليه منافعها في الخدمة ، ويكون إجبارنا للسيد بتزويجها قد أزلنا ضررا عن الأمة لكن قد ألحقنا ضررا بالسيد .

هذا كله إذا لم تكن الأمة تحل للسيد ، فإذا كانت تحل له فلا يتأتى الإجبار ، لأنه لا ضرورة حينئذ ، حيث يطأها السيد بملك اليمين ، فلا مجال للإجبار .

(٤) (ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ، إلا أن يكون نبيا ، فإنه يجوز له أخذه ، ويجب على من معه بذله له) .

إذا وُجد رجلان في صحراء قاحلة ، ومع أحدهما شيء قليل من الطعام لايكفي إلا لفرد واحد فقط مثل كسرة من الخبز ، وأصبحا في حالة اضطرار ومخمصة ، فهل يحق لغير مالكها أن يستولي على تلك الكسرة من الخبز ويتناولها بدلا من أن يتناولها صاحبها ، لايحل له ذلك ، لأن كلا منهما مضطر ، فهما متساويان في حالة المخمصة وروح كل منهما تتساوى مع روح الآخر في الحفاظ عليها ، ولو أبيح لغير مالكها أن يأكلها لكان في ذلك رفع للضرر عنه وإلحاق للضرر على مالكها ، ونكون قد أزلنا الضرر بالضرر ، وهذا لايجوز .

إلا إذا كان المضطر ان أحدهما نبى ـ فرضا ـ فإنه يقدم فى التناول على مالكها ، لأن إنقاذ حياة النبى مقدم على إنقاذ حياة الآخر حيث إن فى الإبقاء على مهجة النبى نفع للأمة كلها ،لأنه فى وجوده هداية للجميع ، بخلاف المضطر الآخر ،مع وجوب دفع النبى لثمن الطعام حتى لا يضر بالآخر ، ووجوب تقديم الآخر للطعام للنبى حتى لا يتعرض للهلاك ، ولا نكون بذلك قد أزلنا ضررا بضرر ،بل إن المحافظة على حياة النبى أعظم من المحافظة على حياة الآخر ،والضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها .

(٥) ـ (ولا قطع فلذة من نفسه ،ولا قتل ولده أو عبده ،ولا قطع فلذة من نفسه ،إن كان الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أكثر ، وكذا قطع السلعة المخوفة) .

المضطر لا يجوز أن يقطع قطعة من جسد المضطر الآخر ليأكلها ،لأنه يكون قد رفع الضرر عن نفسه وألحق الضرر بغيره وكذلك لا يجوز له أن يقتل ولد غيره ليأكله ،لأنه يكون قد أزال الضرر عن نفسه بضرر أعظم منه على غيره ،فقد أزال الموت المحتمل عن نفسه بإيقاع الموت المحقق على غيره ، وكذلك لا يجوز له قتل عبد غيره ،ولا عبده المملوك له ،لما سبق .

ولا يجوز له قطع جزء من جسمه

، وإذا كان الخوف من القطع يترتب

عليه ضرر يساوى الضرر الناتج

من ترك الأكل أو أكثر منه ، فالخوف

من القطع إذا تساوى مع الخوف من ترك

الأكل أو زاد عنه لا يحل له القطع من

جسد نفسه .

أما اذا كان الخوف من أثر القطع

أقل من الخوف من أثر ترك الأكل ، فيحل

له القطع لإبقاء روحه التى أمره الشرع بالمحافظة

عليها بقوله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة)(١)

لأنه حينئذ يكون قد أزال الضرر الأشد والأعظم

بفعل الضرر الأقل منه .

---

(١) الآية رقم ١٩٥ من سورة البقرة .

و (السلعة المخوفة) : السلعة لغة : هي زيادة في البدن كالغدة تتحرك بتحريكها ، وقد تكون في حجم الحمصة إلى حجم البطيخة ، وقيل : هي خراج كهيئة الغدة ، أو ورم غليظ غير ملتزق باللحم وله غلاف ، ويقبل الزيادة ، لخروجه عن اللحم (١)

فإذا وجدت هذه السلعة في جسد إنسان وخاف من أثر قطعها على جسده لكن كان خوفه أقل من خطر الترك فإنه يجوز له أن يقطعها ، لأنه حينئذ يكون قد أزال الضرر الأعظم والأشد بفعل الضرر الأقل منه ، أما إذا كان الخوف من أثر الترك أقل ضررا من الخوف من أثر القطع فإنه لا يجوز قطعها لأن في ذلك إلقاء بنفسه إلى التهلكة ، ولا يجوز ارتكاب الضرر الأعظم لدفع الضرر الأقل منه .

أما إذا كان الخوف من القطع يتساوى مع الخوف من الترك ففيه رأيان : الأول : أنه لا يجوز القطع ، لأن ترجيحه يكون ترجيحا بلا مرجح وهذا لا يجوز . والثاني : أن القطع يجوز في هذه الحالة ، لأنه إذا تردد الأمر بين أن يأكل بعضه ليبقى على حياته أو لا يأكل حتى يموت ، فإنه يأكل بعضه ، لاحتمال النجاة ، وفي هذه الحالة يكون قد أزال ضررا أعظم بارتكاب ضرر أقل منه ، مادام احتمال حياته قائما ، ولا نقول إنه قد أزال ضررا بارتكاب ضرر آخر .

(١) - المصباح المنير جـ١ ص٤٣٦ - السين مع اللام وما يثلثهما (سلع) ومختار الصحاح (سلع)

(٦) - (ولو مال حائط إلى الشارع أو ملك غيره ، لم يجب إصلاحه)

الحائط الذي يميل ويوشك على الوقوع في الطريق أو في ملك شخص آخر لا يجب على صاحبه إصلاحه ،لأن في إصلاحه إزالة الضرر عن المارة بالطريق أو الجار لكن يلحق صاحب الجدار ضرر آخر وهو بذل المال في هذا الإصلاح ،والضرر لا يزال بالضرر ، وهذا الكلام من السيوطي على إطلاقه يمكن دفعه بقاعدة (الضرر الأخف يحتمل لوقع الضرر الأعظم) حيث إن إصلاح الحائط بجزء من مال صاحبه يكون أخف ضررا من إبقائه حتى يقع على المارة بالطريق أو في ملك الغير ، وفي هذا تعريض لحياة الكثيرين من المارة وغيرهم عند الجار ،وهذا ضرر أعظم وأشد من ضرر دفع بعض المال لإصلاح الجدار ،لأن إنقاذ حياة الكثيرين أعظم وأهم من إنفاق بعض المال للإصلاح .

(٧) - (ولو سقطت جرة ،ولم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها في الأصح) .

لو وجد إنسان في طريق أو نحوه فسقطت عليه جرة كانت موضوعة في مكان بالأعلى جرت العادة بوضع أمثالها فيه ،وليس في وضعها عدوان ولا تعدي ، فدفعها عن نفسه فسكرت فإنه يضمنها لصاحبها على الأصح ،لأنه لو لم يضمنها لأزال الضرر عن نفسه لكن بإلحاق الضرر بغيره ،فيكون قد أزال الضرر بالضرر فيكون الفرع من القاعدة .

ويقابل الأصح القول الصحيح بأنه لا يضمنها ،لأنها تكون في منزلة الصائل ،ولو دفع الصائل بالقتل بعد أن لم يستطع دفعه بما هو أقل منه فلا ضمان عليه ،وعلى هذا فلا يكون الفرع من القاعدة .

وقد رد على هذا القول بأن هذا القياس مع الفارق ،لأن الصائل إنسان له اختيار وإرادة للفعل أما الجرة فهي جماد لا اختيار لها ولا إرادة للفعل ،فيكون هنا الفرق بين الفعل الذى يكون عن اختيار وبين الفعل الذى لايكون عن اختيار .

هذا كله إذا كان وضع القدر لا عدوان فيه أما إذا وضعها صاحبها بهيئة فيها تعد ، بأن كانت موضوعة على جدار ليس له حق فيه ،أو على جداره لكن بطريقة لا يؤمن من سقوطها فوقعت فدفعها شخص عن نفسه فكسرت فلا يضمنها ،لأنه بوضعه لها على هذه الهيئة يكون متعديا .

(٨) _ (ولو وقع دينار فى محبرة ،ولم يخرج إلا بكسرها كسرت وعلى صاحبه الأرش ، فلو كان بفعل صاحب المحبرة فلا شئ)

الأرش في اللغة : هو الفساد ،يقال :أرشت بين القوم تأريشا إذا أفسدت ، ثم استعمل فى نقصان الأعيان ،لأنه فساد فيها وأرش الجراحة ديتها (١)

---

(١) - المصباح المنير جـ١ صـ٢٢ الألف مع الراء ومايثلثهما (ارش) ومختار الصحاح ص١٣ باب الهمزة (أرش)

فيكون الأرش هو الغرم للفرق بين قيمة المحبرة سليمة وقيمتها وهى معيبة ، إذا كان من كسرها غير صاحبها ، أما لو كسرها صاحبها فلا شيء ، لأن الإنسان لا يضمن مال نفسه .

وتصوير المسألة : أن يقع دينار لشخص فى داخل محبرة مملوكة لشخص آخر ، ولا يمكن خروجه منها إلا بكسرها وإتلافها ، فإذا أتلفت فإن على صاحب الدينار دفع قيمتها كلها لتلفها ، ونكون قد أزلنا ضررا بضرر ، لأن صاحب الدينار قد أخذ ديناره فأزلنا ضرره لكن ألحقنا به ضررا وهو دفع قيمة المحبرة لصاحبها ، أما إذا كان من الممكن إخراج الدينار من المحبرة بدون كسرها وإتلافها كلها فلا يجوز إتلافها كلها بل يفعل بها من التلف بقدر مايخرج منها الدينار ، ويضمن صاحب الدينار الفرق بين ثمن المحبرة سليمة وثمنها معيبة ، ووجه ارتباط هذا الفرع بالقاعدة أن محل عدم الضرر هو دفع قيمة المحبرة عند تلفها كلها أو دفع الأرش عند تلف بعضها ويكون صاحب الدينار قد أخذ ديناره فأزلنا ضرره ، وصاحب المحبرة قد أخذ ثمنها أو الأرش ، فقد أزلنا ضرر كل منهما ، وإن لم نفعل ذلك فنكون قد أزلنا ضررا بضرر .

(٩) - (ولو أدخلت بهيمة رأسها فى قدر ، ولم يخرج إلا بكسرها فإن كان صاحبها معها فهو مفرِّط فى ترك الحفظ ، فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر ، وعليه أرش النقص ، أو مأكولة ففى ذبحها

وجهان ، وإن لم يكن معها ، فإن فرط صاحب القدر كسرت ولا أرش ، وإلا فله الأرش) .

البهيمة لغة : هي كل ذات أربع من دواب البحر والبر ، وكل حيوان لا يميز فهو بهيمة [1] فهي هنا يراد بها كل حيوان سواء كان مما يؤكل لحمه أم لا يؤكل ، لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم .... الخ) [2]

إذا أدخلت البهيمة رأسها في قدر ليس مملوكا لصاحبها وكان صاحبها معها فهو مفرط بتركه لها حتى أدخلت رأسها في هذا القدر المملوك لغيره ، فإذا كان الحيوان غير مأكول اللحم فإن القدر تكسر ، ويجب على صاحب البهيمة قيمتها إن تلف كل القدر ، أو أرشها إن تلف جزء منها ، لأنه مفرط بتركها حتى أدخلت رأسها فيه ، أما إن كان الحيوان مأكول اللحم ففي ذبحه وجهان : الأول : أن يذبح الحيوان ، مادام يمكن قطع الحلقوم والمرئ ، وتخرج الرأس بعد تقطيعها من القدر ، وفي هذه الحالة تكون إزالة الضرر بغير ضرر ، حيث قد ارتكبنا أخف الضررين ، ولم نكسر القدر .

الثاني : أن لا يذبح الحيوان ، وتكسر القدر ، ويدفع صاحب الحيوان قيمة القدر كله إن تلف جميعه ، أو الأرش إن كان قد تلف جزء منه

(١)- المصباح المنير ج١ ص٤٠١ الباء مع الهاء ومثلثهما (بهيمة)
(٢) أول سورة المائدة .

ويكون قد تمت إزالة الضرر بغير ضرر ، حيث قد ارتكبنا أخف الضررين .

أما إذا لم يكن صاحب البهيمة معها ، وكان صاحب القدر قد وضعها في غير المحل المعتاد الذي جرت العادة بوضعه فيه فإن القدر تكسر ، ولا أرش له من صاحب البهيمة ، لأن صاحب القدر قد فرط في وضعه في غير موضعه ، وإن كان صاحب القدر قد وضعه في مكان معتاد قد جرت العادة بوضعه فيه فإن القدر يكسر لإخراج رأس البهيمة منه ، ويكون لصاحب القدر قيمته إن تلف جميعه أو الأرش إن تلف بعضه .

(١٠) - (ولو التقت دابتان على شاهق ، ولم يمكن تخليص واحدة إلا باتلاف الأخرى ، لم يُفْتَ واحد منهما ، بل من ألقى دابة صاحبه ، وخلص دابته ضمن) .

أي إذا التقت دابتان مصادفة على شاهق جبل ، أو قنطرة أو جسر ولا يمكن تخليص إحداهما إلا بإتلاف الأخرى ، فسئل المفتي في ذلك فإنه لا يفتي ويتوقف ، ويترك إحداهما تخلص نفسها ، فإذا خلص مالك إحداهما دابته ، وأتلف الأخرى فإنه يضمنها ، لإضراره بصاحب الدابة التي أتلفها ، لأننا لو لم نضمنه نكون قد رفعنا ضررا بضرر ، والقاعدة أن الضرر لا يزال بالضرر . وهذا كله إذا تساوت الدابتان في القيمة ، أما إذا اختلفت قيمتهما فإن الفتوى تكون بارتكاب أخف الضررين ، بأن تتلف الدابة الأقل قيمة ، ويضمنها صاحب الدابة الأعلى قيمة .

(١١) ـ (ولو سقط على جريح ، فإن استمر قتله ، وإن انتقل قتل غيره ، فقيل : يستمر ، لأن الضرر لا يزال بالضرر ، وقيل : يتخير للاستواء ، وقال الإمام : لا حكم فيه في هذه المسألة) .
الخلاف في هذه المسألة في حالة ما إذا لم يوجد بين الجريحين مكان ليس فيه جرحى ، فإذا وجد فليس هناك خلاف في وجوب انتقاله إلى المكان الخالي من الجرحى ، أما إذا لم يوجد بينهما مكان خال من الجرحى فقيل : يستمر في البقاء على الجريح الأول الذي وقع عليه ، لأن الضرر لا يزال بالضرر ، فإن انتقل فإنه يزيل الضرر عن الأول بإضرار الثاني . ، وقيل : يتخير بين الاستمرار على الأول أو الانتقال إلى الثاني ، لاستواء الحالين فيهما ، لأنه لو استمر فإنه يزيل ضرر الثاني بإضرار الأول ، ولو انتقل إلى الثاني فإنه يزيل ضرر الأول بإيقاع الضرر على الثاني وكلا الوضعين سواء .

وعلى هذا فإذا كان الشخصان متساويين في الرتبة فإنه يستمر على الأول ، أما إذا كان المسقوط عليه أعلى رتبة من الآخر فإنه ينتقل إلى الثاني لأنه أقل رتبة ولا يستمر على الأول الذي سقط عليه لارتفاع مكانته ، ويكون حينئذ قد ارتكب أخف الضررين فإذا علم الساقط هذا لكنه لم ينتقل كان آثما .

وقد توقف الإمام الجويني إمام الحرمين في هذه المسألة ولم ينقل عنه فيها حكم .

(١٢) - (ولو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفضائهـا فليس له الوطء) .

إذا تزوج رجل امرأة ضيقة الفرج وكان له جُبالة ، فإذا وطئها أفضاها ، وخلط القبل بالدبر ، أو خلط مكان إدخال الذكر بمخرج البول عندها ، فلا يجوز له وطؤها ، لأن في وطئها إزالة ضـرر نفسه الذي يترتب على احتباسها إلا بإيقاع الضرر عليها وهـو إفضاؤها ، فإذا أصر على وطئها كان من حقها أن ترفع الأمـر للقاضي ليفسخ عقد نكاحها ، وعند الاختلاف في حالها فإن المرجع لأهل الخبرة من الطبيبات فإذا لم يوجد يكون الرجوع للأطبـاء الرجال .

(١٣) (ولو رهن المفلس المبيع أو غرس أو بنى فيه ، فليس للبائع الرجوع في صورة صحة الرهن ، لأن فيه إضرارا بالمرتهن ، ولا في صورة الغرس ويبقى الغرس والبناء للمفلس ، لأنه ينقص قيمتهـا ويضر بالمفلس والغرماء) .

سبق أن بينا حكم ما إذا اشترى شخص سلعة أو أرضا من شخص ولم يدفع الثمن حتى أفلس وعليه ديون أخرى للغير ، فوجد البائع سلعته أو أرضه بعينهـا كما هي بأن كانت السلعة لم تتغير والأرض ليس عليها بنـاء ولا زرع ولا غرس للمشتري وليست مرهونة لأحد ، وذكرنا الخلاف بين الأحناف والشافعية فيمن يستحق هذه السلعة هل يستحقها البائع أم تكون له ولجميع الغرماء (١)

---

(١) ينظر ص ٤٦ من هذا الكتاب ، وينظر فتح القدير جـ٧ ص ٣٢٠ ،

٣٢١ .

فإذا كان المشترى المفلس قد رهن الأرض التى اشتراها ولم يدفع ثمنها للبائع وقبضها المرتهن أو زرع فيها أشجارا أو بنى عليها بيتا فقال : الشافعية : ليس للبائع الذى لم يأخذ ثمن أرضه حق الرجوع فيها ، لأن الرهن بعد قبض المرتهن له أصبح لازما ، وليس من حق الراهن المفلس الرجوع فيه ، لأنه وثيقة عند المرتهن ضمانا لحقه عند الراهن ، يستوفى منها حقه إذا تعذر أخذ حقه من الراهن ، لأنه لو أجيز له الرجوع لتم إزالة الضرر عنه بضرر آخر يقع على المشترى أو المرتهن ، بضياع الزرع والبناء على المشترى ، ولأن من مصلحته إبقاء العين حتى يفى بديونه منها ، ولأن المرتهن لو أخذنا منه الأرض لأصبح دينه خاليا عن الوثيقة التى يضمن بها حقه ، ثم يدخل مع سائر الغرماء بعد ذلك فى استحقاق هذه العين ، ولأن الرهن وثيقة شرعية مثل الإشهاد والضمان .(1)

قال ابن السبكى : (يستثنى من ذلك مالو كان أحدهما أعظم ضررا) . وهذا القول من ابن السبكى تقييد للقاعدة الثالثة وهى (الضرر لا يزال بضرر) وتقييد الثالثة تقييد للقاعدة الأولى وهى (الضرر يزال) .

فابن السبكى يستثنى من قاعدة (الضرر لا يزال بالضرر)

---

(1) ينظر الهداية وفتح القدير والعناية جـ٧ صـ ٣٣٠ـ ٣٣١ وينظر ص ٤٦، ٤٧ من هذا الكتاب .

(١) (مالم يكن أحد الضررين أعظم ضررا) فإنه حينئذ يزال الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف ، وهذا تقييد للقاعدة ،وعبارة ابن الكتانى : (لابد من النظر لأخفهما وأغلظهما ولهذا شرع القصاص) فإنه لكى نرتكب الضرر الأخف لا بد من أن نعرف الضرر الأخف والضرر الأعظم ، ولأن الضرر الأخف يرتكب لدفع الضرر الأكبر منه شرع القصاص من القاتل عمدا عدوانا فرغم أن قتله ضرر ، إلا أنه أخف من ضرر تركه يفسد فى الأرض يقتل الناس ، ويهدد حياتهم وهذا شيء أكبر من القصاص ، ولهذا يقول الله تعالى (ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب) (١)

(٢) - (والحدود) : الحدود جمع حد ، وهو فى اللغة يطلق على الحاجز بين شيئين ، وعلى المنع وحد . الشيء منتهاه وحَدَّ الرجلَ : إذا أقام عليه الحد المقدر من الشرع (٢) وشرعا: هو عقوبة مقدرة وجبت على من ارتكب مايوجبها والمناسبة بين المعنى الشرعى واللغوى ، أن الحدود سميت حدودا لمنعها صاحبها من ارتكاب الفاحشة لأن من يعلم أنه إذا زنى سيحد حد الزنا امتنع عن الزنا ، وقيل سميت بذلك لأن لها نهايات مضبوطة فتكون من الحد بمعنى النهاية للشيء .

---

(١) - الآية رقم ١٧٩ من سورة البقرة . وينظر ص٦٣ من هذا الكتاب ومابعدها .

(٢) المصباح المنير ج١ ص١٩٤ - ١٩٥ كتاب الحاء والدال ومايثلثهما (حدد) ومختار الصحاح (حدد) ، وينظر ص٥٢ ومابعدها من هذا الكتاب

وهى مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف وقطع الطريق وقد سبق توضيحها (١) ، فإنها لو لم تقم فى المجتمع لفشت الرذائل بين الناس ،ولو أقيمت لكان بها إضرار بمن وقعت عليه ،لأن رجم الزانى المحصن وجلد غير المحصن وعقاب قاطع الطريق كل هذا ضرر يلحق بكل منهم ،لكنه ضرر يتعلق بشخصه فقط فهو ضرر خاص ،لا يقاس بحالة ما إذا لم نقم الحد على أحدهم لأنه سيترتب عليه ضرر عام بالمجتمع كله ، فلا بد من إقامة الحدود التى يترتب عليها ضرر خاص فى سبيل دفع ضرر عام أعظم منه فيكون قد ارتكبنا أخف الضررين .

(٣) - (وقتال البغاة وقاطع الطريق ودفع الصائل) سبق تعريف البغاة وبيان ما يفعله الإمام بهم (٢) وقاطع الطريق والصائل (٣) ففى قتال البغاة إيقاع ضرر ومشقة عليهم ،وهذا ضرر خاص بهم وفى عدم قتالهم إيقاع ضرر عام بالمجتمع كله بانتشار شرهم وعدم استقرار الأمن بين الناس ،فكان إيقاع الضرر الخاص لدفع الضرر العام واجبا ، لحماية الأرواح والأموال ،لأن هذا من ارتكاب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه .

---

(١)- ينظر الباجورى على ابن قاسم ج ٢ ص٢٣٥ - ٢٤١ ،وينظر ص٥٢ فى هذا الكتاب .

(٢) ينظر ص٦٤ من هذا الكتاب وما بعدها .

(٣) ينظر ص٦١ من هذا الكتاب وما بعدها .

وكذلك بالنسبة للصائل اذا صال على غيره لقتله أو هتك عرضه أو سلب ماله ، فإنه يجب دفعه بالأخف من طرق الدفع كما سبق توضيحه[(١)] ، ولا يدفع بالأعظم إلا إذا تعين بأن كان لا يمكن دفعه إلا بقتله ، فدفع الصائل ضرر عليه وهذا ضرر خاص ، ولكن عدم دفعه يترتب عليه ضرر عام بالمجتمع كله في تهديد الناس جميعا في أرواحهم وأعراضهم وأموالهم ، فكان الواجب ارتكاب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه .

(٤) - (والشفعة) وقد سبق تعريفها وبيان الخلاف بين الأحناف والشافعية في حكمها[(٢)] ، ففي الشفعة دفع الضرر عن الشريك والجار ، بتمليك كل منهما العقار المبيع جبرا ، لدفع ضرر القسمة عن الشريك وضرر الجوار عن الجار - عند الأحناف - وهذا ضرر عظيم ، ويترتب عليه ضرر أخف منه بالمشتري ، لأنه سيرد له الثمن الذي دفعه في العقار ، فالضرر الواقع على الشريك أو الجار أعظم من الضرر الواقع على المشتري ، فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه ، ونقول بالشفعة .

(٥) - (والفسخ بعيب المبيع) وقد سبق الكلام عن هذه العيوب وعن حكم كل منها[(٣)] فإذا فوجىء المشتري بوجود

(١) - ينظر ص ٦١ وما بعدها من هذا الكتاب ،
(٢) - ينظر ص ٤٩ من هذا الكتاب وما بعدها ،
(٣) - ينظر ص ٤٦ من هذا الكتاب وما بعدها ،

عيب في الشيء الذي اشتراه من غيره فإن له حق إرجاع المبيع للبائع ، وفي هذا ضرر بالبائع ، لأنه بعد أن تخلص من المبيع المعيب عاد إليه ثانيا ، وهذا ضرر خفيف ، لأن السلعة سلعته وسيأخذها ولم يظلمه أحد بإرجاعها ، أما عدم رد المبيع ففيه ضرر أعظم على المشترى حيث إنه فوجيء بهذا العيب ولم يرض به وفي إلزامه بالسلعة المعيبة ظلم له ، وهو لم يظلم البائع حيث سيرد له الثمن الذي دفعه له ، ففي رد السلعة بالعيب للبائع ضرر خفيف نرتكبه لدفع الضرر الأعظم منه فنكون قد ارتكبنا الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه .

(٦) - (والنكاح) - أي الفسخ بعيوب النكاح ، وقد سبق توضيحها ، وبيان الحكم فيها (١) فإن الزوجة لو فوجئت بأحد العيوب السابق ذكرها في زوجها فإن من حقها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليفسخ لها عقد الزواج ، وهذا ضرر يقع على الزوج لكنه ضرر خفيف بالنسبة لحالة ما إذا لم يفسخ العقد مع ثبوت هذه العيوب بالزوج ، لأنها تكون معرضة للفتنة والغواية ، وتعيش في شقاء وضجر ، وهذا ضرر أعظم من الضرر الواقع على الزوج فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه .

وكذلك لو وجد الزوج بالزوجة عيبا من العيوب السابق ذكرها كان له الحق أن يرفع الأمر للقضاء ليفسخ العقد عند

---

(١) - ينظر ص... وما بعدها من هذا الكتاب .

الشافعية خلافا للأحناف كما سبق ذكره .

(٧) - (والإعسار) سبق الكلام على الخلاف بين الأحناف والشافعية في اعتبار إعسار الزوج ، مبررا لطلب الزوجة الطلاق من زوجها ، سواء كان إعسارا بالمهر قبل الدخول أم إعسارا بالنفقة (1) ، وقال الشافعية : إن لها حق طلب فسخ العقد للإعسار، وترفع الأمر للقاضي ، وعلى رأيهم يكون الفسخ بارتكاب ضرر أخف على الزوج واجبا لدفع ضرر أعظم منه على الزوجة باحتباسها مع الزوج بدون إنفاق مما يعرضها للفتنة والضيق ، فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه ، فنكون قد ارتكبنا أخف الضررين .

(٨) - (الإجبار على قضاء الديون والنفقة الواجبة) . إجبار القاضي للمدين المماطل على قضاء الديون ضرر يقع على المدين ، لكنه ضرر خفيف في مقابل دفع ضرر أعظم منه وهو الواقع على الدائن لأنه يمنع ماله عنه ، وهذا ظلم واضح ، فوجب إجباره على قضاء الدين لأن هذا ضرر خفيف نرتكبه لدفع ضرر أعظم منه عن الدائن ، فارتكبنا الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه .

وكذلك الإجبار على النفقة الواجبة للفروع والأصول باتفاق ، والحواشي على رأي الأحناف بالشروط المذكورة في باب النفقة فإن في الإجبار على النفقة ضرر بالدافع لها ، لكنه ضرر خفيف بجوار ما يقع على الواجب له النفقة لو لم يتم دفعها له ، لوقع في ضيق وضنك ولتعرض للمرض أو الوفاة أو الهلاك فارتكبنا الضرر

(1) - ينظر ص ٦٩ من هذا الكتاب .

الأخف لدفع الضرر الأعظم منه ، فنكون قد ارتكبنا أخف الضررين .

(٩) (ومسألة الظفر) بأن يكون لإنسان دين على آخر وماطل في السداد وليس مع الدائن بينة أو أي شيء يثبت به هذا الدين ، ثم ظفر الدائن بمال للمدين من جنس دينه أو من غير جنسه فإنه يجوز له أن يأخذه ليستوفي منه دينه ولو بغير إذن المدين فإن زاد عن حقه رد الباقي إليه ، فإن أخذ الدائن لمال المدين بدون إذن منه إضرار به ، لكنه قليل بالنسبة للضرر الواقع على الدائن إذا لم يأخذ هذا المال ، لأنه سيضيع عليه دينه ، لعدم وجود بينة يثبته بها ، وهذا ضرر أعظم ، خاصة وأن الدائن لم يظلمه ولم يأخذ أكثر من دينه ، فأبيح للدائن أن يأخذ مال المدين لارتكاب الضرر الأقل لدفع الضرر الأعظم منه .

(١٠) - (وأخذ المضطر طعام غيره وقتاله عليه) إذا وجد إنسان في مخمصة واضطر إلى أخذ طعام من غيره ليس في مخمصة مثله ، فإنه يباح له أخذه إحياء لنفسه ، ويجب إعطاؤه ثمن هذا الطعام ، لأن أموال الناس مصونة لاتباح إلا لمن له حق فيها ، فإذا امتنع صاحب الطعام عن إعطائه للمضطر أبيح له أن يقاتله حتى يأخذه منه ولو بالقوة ، لأنه في هذه الحالة مثل الصائل يجب دفعه ، وإنما أبيح أخذ طعام الغير للمضطر ، مع أنه إضرار بالغير ، ولكنه ضرر خفيف لدفع ضرر أعظم منه يقع على المضطر

لأنه اذا لم يتناول هذا الطعام سيشرف على الموت والهلاك ، فأبيح الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه ، لأننا نكون قد ارتكبنا أخف الضررين .

(١١) - (وقطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره) : إذا غرس إنسان شجرة في فناء بيته فامتدت فروعها إلى بيت جاره ، فسدت عليه منافذ الهواء أو الشمس ، أو وقف الطير عليها وتسببت في حدوث أضرار بالجار ، فتضرر منها ، فيحل له قطع هذه الأفرع أو الشجرة ليمنع عن نفسه هذه الأخطار ، فقطع الأفرع أو الشجرة ضرر يقع على صاحبها ، لكنه ضرر خفيف بالنسبة لما يقع على الجار ببقائها على حالها من ضرر عظيم مستمر ، فقطعت الأفرع أو الشجرة لارتكاب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم منه .

(١٢) - (وشق بطن الميت إذا بلع مالا) : إذا ابتلع إنسان مالا قبيل موته ، ولم يمكن إخراجه من بطنه حتى مات ، فيحق لأهله شق بطنه إذا كان مالا له قيمة معتبرة ، لإخراج هذا المال منه فشق بطنه ضرر ، لأن حرمة جسد الميت كحرمة جسد الحي لكنه ضرر خفيف يحل ارتكابه لمنع ضرر أعظم منه بوجود المال في بطنه وعدم شقه لإخراجه منه ، لأن هذا المال قد يكون فيه نفع للأحياء وقد يكون فيه أحياء بعض النفوس التي لا تجد ما تسد به رمقها ، فيجوز أن نرتكب الضرر الخفيف لدفع الضرر الأعظم منه ، ونكون قد ارتكبنا أخف الضررين .

(١٣) ـ (أو كان في بطنها ولد ترجى حياته) لو ماتت امرأة وفي بطنها ولد ترجى حياته ، يشق بطنها لإخراجه منها وهذا إضرار بها ،لكنه ضرر خفيف يجوز ارتكابه لدفع ضرر أعظم وأشد منه وهو احتمال موت الجنين لو لم نشق بطنها ونخرجه منها ، فارتكبنا الضرر الخفيف لدفع الضرر الأشد والأعظم منه .

(١٤) ـ (ورمى الكفار اذا تترسوا بنساء أو صبيان أو بأسرى المسلمين) من أحكام الإسلام وآدابه في الحرب والجهاد أن لا يقتل المسلمون المجاهدون النساء أو الصبيان أو أسرى المسلمين الذين في يد الكفار فيعرف الكفار هذا فيتخذوا النساء أو الصبيان أو الأسرى من المسلمين متاريس يتسترون خلفهم حتى يمنعوا جيش المسلمين من قتالهم ، فيتمكنوا بذلك من إيقاع الهزيمة بالمسلمين والحرب خدعة ،فأبيح لجيش المسلمين أن يضربوا النساء والصبيان إذا لم يكن بدمن ذلك ، وهذا مخالف لنهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك ،ولكن أبيح للضرر ، إلا أنه ضرر خفيف ، لدفع الضرر الأعظم والأشد منه الذي يترتب على عدم رميهم وهو انتصار جيش الكفار على جيش المسلمين ،مما يعود على الأمة الإسلامية بأضرار عظمى لا يعلم مداها إلا الله ، فارتكبنا الضرر الخفيف لدفع الضرر الأعظم والأشد منه ، وكذلك لو تترسوا بأسرى المسلمين ولا يمكن إبعاد الضرب عنهم ولا بد من رميهم مع الكفار ،أبيح

رميهم معهم مع أنه ضرر ، إلا أنه ضرر خفيف نرتكبه لدفع أعظم وأشد منه وهو الهزيمة التي تلحق بجيش المسلمين لو تركنا ضرب الأسرى فارتكبنا الضرر الأخف لدفع الضرر الأعلى منه ، ونكون قد ارتكبنا أخف الضررين ، لكن كل هذا مع توقي ضرب الصبيان والنساء وأسرى المسلمين كلما أمكن تطبيقاً لقاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) .

(١٥) - (ولو كان له عُشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقي لآخر وطلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في الأصح ، وإن كان فيه ضرر شريكه) . لو كانت دار مشتركة بين شريكين لأحدهما تسعة أعشارها وللآخر عشرها ، ونصيب صاحب العشر لا يصلح للسكن بعد قسمته وطلب صاحب النصيب الأكبر قسمة الدار ، ليستطيع الانتفاع بنصيبه فإنه يجاب إلى طلبه بقسمتها ، على الأصح ، لأن الضرر عليه أعظم من الضرر على صاحب الأقل ، فيحتمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم ، وأما مقابل الأصح فهو أن لا يجاب إلى طلبه بقسمتها لأن صاحب الأقل سيقع به الضرر ، بتضييع حقه عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، عملا بقاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) ، ولكن إذا قسنا ما يلحق صاحب الأقل من ضرر بما يلحق صاحب الأكثر فإن ما يلحق صاحب الأقل لا يساوي ضرر ما يلحق صاحب الأكثر .

(١٦) - (ولو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة بهم ، جاز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ، لأن مفسدة بقائهم في أيديهم واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال) .

إذا أحاط جيش الكفار بجيش المسلمين ، ورأى قائد جيش المسلمين أن الغلبة للكفار - والعياذ بالله - وليس بالمسلمين مقاومة بأن كان جيش الكفار أكثر من ضعف عدد جيش المسلمين ، لأنهم لو كانوا ضعفهم وجبت مقاومتهم ، لأن الله تعالى أمرنا بالمصابرة إذا كانوا ضعفنا بقوله تعالى (فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين) (١) يجوز دفع المال إلى الكفار حتى تنقذ جيش المسلمين من هلاك متوقع ، ودفع المال ضرر خفيف لدفع ضرر أعظم منه وهو هلاك جيش المسلمين وتعرض الأمة الإسلامية للهلاك ، ولا قوة لهم ، ومثل هذا إذا وقع في أيدى الكفار أسرى من المسلمين ولا يمكن تخليصهم من أيديهم وإنقاذ حياتهم إلا بدفع المال أو نحوه من عتاد حربي أو نحو ذلك ، جاز دفع هذا المال ونحوه ، لأنه ضرر أخف من الضرر الأعظم الذى يترتب على عدم دفعه وبقاء الأسرى في أيديهم إذلالهم واستئصالهم للمسلمين .

(١٧) - (والخلع في الحيض لا يحرم ، لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها) - .

سبق الكلام عن تعريف الخلع وبيان أحكامه (٢) ، والخلع يجوز في

---

(١) - الآية رقم ٦٦ من سورة الأنفال .
(٢) - ينظر ص ٩٤-٩٣ من هذا الكتاب .

الحيض ولا حرمة فيه ، مع أنه يطيل العدة على الزوجة ، لأنهـــا يذلت العوض لخلاصها منه رضيت بأن تطول العدة عليها ، وهـذا إذا كان الخلع مع الزوجة ، فإن كان مع الأجنبى وكان فى الحيـض حرم . (١)

فالخلع فى الحيض ضرر بالزوجة لأنه يطيل العدة عليها ، لكنـه ضرر أخف من ضرر أخر أعظم منه يكون ببقائها مع رجل لا تطيـــق معاشرته وتصر على التخلص من رباطه ، فارتكبنا الضرر الأخف لندفع به الضرر الأعظم منه ، فنكون قد ارتكبنا أخف الضررين .

(١٨) - (ولو وقع فى نار تحرقه ، ولم يخلص إلا بماء يغرقه ، ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار ، فله الانتقال إليه فى الأصح .)

لو دفع إنسان فى نار تحرقه ، أو كان فى سفينة واشتعلت فيها النار فإن ظل فيها أحرقته النار وإن ألقى نفسه فى الماء أغرقتـــه ، والبقـــاء فى النار ضرر عظيم والإلقاء فى الماء ضرر خفيف ، ويحتمل النجاة بالتعلق على شئ يرفعه ويمنعه من الغرق مادام لم يحـــسن السباحة ، فإن كان يجيدها وجب عليه إلقاء نفسه فى الماء لأن نجاته محتملة لإتقانه العوم فإن لم يفعل كان آثما فيرتكب الضرر الخفيـــف بالقاء نفسه فى الماء ليدفع الضرر الأعظم وهو البقاء فى النار المحرقة لأنه يكون قد أرتكب أخف الضررين .

---

(١) - ينظر الباجورى على ابن قاسم جـ ٢ صـ١٤٢ .

ومقابل الأصح ألا يلقى بنفسه فى الماء ، لأنه ميت سواء بقى فى النار أم ألقى بنفسه فى الماء ، إلا أنه إذا ألقى فى الماء سيكون مختارا للموت غرقا ، أما إذا بقى فى النار فهذا رغم أنفه ولا اختيار له فيه . وعلى هذا فلا يكون من القاعدة ، وكان الأفضل للسيوطى أن يعبر بلفظ (الصحيح) بدلا من (الأصح) حتى لايعطى قوة للمقابل ، وهو ليس له مدرك ولا دليل قوى ، ولكننا نقول : إنه يتعين عليه فقها إلقاء نفسه فى الماء .

(١٩) - (ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب ، فالأصح أنه يأكل الميتة ، لأنها مباحة بالنص ، وطعام الغير بالاجتهاد) .

المضطر يباح له تناول الميتة ، لقوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ...) إلى قوله تعالى : (فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم) (١) وهذه إباحة بالنص أما طعام الغير فلم يرد بإباحته كتاب ولا سنة ، فلم يرد بإباحته نص وإنما هو مباح بالاجتهاد ولما كان النص مقدما على الاجتهاد ، لأن حكم الاجتهاد ظنى كان للمضطر أن يتناول الميتة على الأصح ولا يتناول طعام الغير .

ومقابل الأصح : أن يأكل من طعام الغير لأنه حلال فى ذاته وعينه ، والحرمة جاءت لأنه ملك للغير ، وهذا شىء عارض ، بخلاف

---

(١) الآية رقم ٣ من سورة المائدة .

الميتة فهي محرمة لعينها وذاتها ، وماكان محرما لشيء عارض أولى في التناول من المحرم لذاته وعينه ، وقيل : للمضطر أن يختار في الأكل بين أن يأكل طعام الغير أو يأكل من الميتة ، والخلاف فيه على المذهب : فمقابل المذهب : يأكل طعام الغير ، ومقابل الأصح : صحيح وهو أقوى ، ومستساغ عقلا ، ومقبول إدراكا ، وبناء عليه لايكون الفرع من القاعدة .

(٢٠) – (أو المحرم ميتة وصيدا ، فالأصح كذلك ، لأنه يرتكب في الصيد محظورين القتل والأكل)

إذا كان المضطر محرما بالحج أو العمرة ، فوجد ميتة وصيدا ، فإنه لو تناول من الميتة فقد ارتكب محظورا ، لأنها محرمة ، وإن تناول من الصيد فقد ارتكب محظورين : قتل الصيد المنهي عنه ، والأكل منه ، فالأصح أن يأكل من الميتة لأنها أخف من تناول الصيد فيأكل منها بقدر مايسد الرمق ، ويكون قد ارتكب أخف الضررين بأكله من الميتة التي فيها محظور واحد ليدفع بها الوقوع في محظورين بتناوله الصيد بعد قتله .

ومقابل الأصح : أن يأكل من الصيد ، لأن ذاته حلال ، وإنما حرم لشيء عارض وهو الإحرام ، لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ... الخ) [1] أما الميتة فهي محرمة لذاتها ، وتناول مايحرم لعارض أولى مما يحرم لذاته

---

(١) – الآية رقم ٩٥ من سورة المائدة

لأن العقل والنفس يستسيغان تناول المحرم لغيره لكنه حلال في نفسه وذاته .

وقيل : للمضطر أن يختار بين الأكل من الميتة أو من الصيد ،

وهذا مبني على القول بأن صيد المحرم يعتبر ميتة وهو الصحيح .

القاعدة الرابعة : (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما) نشأ من التقييد السابق في قولهم (إذا تعارض ضرران ترتكب الأخف) قاعدة رابعة هي (إذا تعارض مفسدتان

وكان لابد من فعل إحداهما فإننا نرتكب الأخف ضررا منهما إذا كانت الأخرى أعظم ضررا منها) ، ودليل هذا حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ونهيه للصحابة عن زجر الرجل الذي كان يبول بالمسجد .

القاعدة الخامسة : (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)

قال السيوطي : (ونظيرها قاعدة خامسة ، وهي درء المفاسد أولى من جلب المصالح) فإذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم (إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) ومعنى كلام السيوطي : أن قاعدة (الضرر لا يزال بالضرر) توجد قاعدة نظيرة لها ، وهي (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) لأن التخلية قبل التحلية كما قالوا ، وكما نقل الحاموي عن الكشاف

(لترك ذرة مما نهى الله تعالى عنه أفضل من عبادة الثقلين) .

والمعنى المراد من القاعدة أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح فيكون ترك المحظورات أهم عند الشارع من فعل المأمورات . فعدم فعل معصية مهما قل شأنها أفضل من الامتثال لفعل شيء آخر من المأمورات . ولهذا حينما بال الرجل في المسجد وأراد الصحابة منعه منعهم الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله (لا تزرموه) فإن بول الرجل في المسجد ضررة ومفسدة ولكن منعه عنه سيترتب عليه ضرر ومفسدة أعظم فقد تعارضت هنا مفسدتان إحداهما أعظم من الأخرى . فأبيح ارتكاب الأخف منهما ببوله في المسجد ليُدْفَع به ضرر آخر أعظم منه وهو حبس بوله لما يصيبه من ضرر أشد وبوله بالمسجد يمكن أن يصب عليه الماء فيطهر مكانه كما أمرهم الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك . وبهذا كان ترك المعاصي مقدما على جلب المصالح .

وقوله صلى الله عليه وسلم (إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) لم يقل (اجتنبوه ما استطعتم) كما قال في العبارة السابقة لها (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) لأن جانب الأمر أيسر من جانب النهي . ولذلك يطلب الفعل بقدر الاستطاعة . كما قال الله تعالى (فاتقوا الله ما استطعتم) (١) ويطلب الترك في المنهيات بعدم التهاون أو ترك شيء منها والتهاون في الباقي لأن الإقدام على فعل المحرم أكثر جرأة من ترك الواجبات .

---

(١) ـ الآية رقم ١٦ من سورة التغابن .

قال السيوطى : (ومن ثم سومح فى ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة : كالقيام فى الصلاة ، والفطر ، والطهارة ، ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات وخصوصا الكبائر) .

ولهذا فان الشارع الحكيم قد يسر بالنسبة للمأمورات وفعل الواجبات ، وتجاوز عن بعض أركان العبادات لوجود مشقة ، كما فى الصلاة ، فإذا لم يستطع الإنسان أن يصلى قائما فإنه يصلى قاعدا ويترك فرض القيام ، فإذا لم يستطع أن يصلى قاعدا صلى مستلقيا ، وهكذا نظرا لعدم استطاعته ، والمسافر والمريض فى رمضان يفطران لما يلحقهما من مشقة السفر والمرض ، لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر .. الخ) (١) ومن أراد الصلاة ولم يجد ماء للوضوء جاز له التيمم ، لقوله تعالى : (... فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) (٢) ومن فقد الطهورين صلى بدون طهارة كل هذا تسامح وتيسير فى فعل بعض الواجبات .

أما بالنسبة للمنهيات فلم يتسامح الإسلام فى الإقدام على فعلها ، وخاصة الكبائر ، فقد حرم فعلها بل وحرم كل مقدماتها والطرق والمؤدية إليها ، فالزنا حرام ، ومقدماته حرام كالنظر إلى

---

(١) الآية رقم ١٨٤ من سورة البقرة .
(٢) الآية رقم ٤٣ من سورة النساء والاية رقم ٦ من سورة المائدة .

الأجنبية لأن مايؤدي إلى الحرام حرام ،كما أن مايتوقف عليه فعـــــل الواجب يكون واجبا .

قال السيوطي : (ومن فروع ذلك المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة ، وتكره للصائم) .

(١) -

المضمضة لغة : هي تحريك الماء في الفم ، يقال : مضمضت الماء في فمي أي حركته بالإدارة فيه ،وتمضمضت الماء فعلت ذلك (١)

وأصل السنة في المضمضة أن يدخل الماء في فمه سواء حركه فيه أم لا ومجه من فمه أم لم يمجه ،بأن ابتلعه ،وهذا أقل مايطلب فيه على وجه السنة ،فإن أراد فعل الأكمل في المضمضة فيندب أن يدير الماء في فمه ومجه منه ،بعد أن يصل الماء إلى الحلقوم ،والمبالغة مطلوبة في المضمضة إلا في حق الصائم فإنها تكره خشية إفساد صومه . (٢)

والاستنشاق لغة : هو إدخال الماء في الأنف ،وجذبه بالنفس لينزل ما في الأنف . (٣)

وأصل السنة في الاستنشاق بإدخال الماء في الأنف سواء جذبه وصعده بنفسه إلى خياشيمه بأعلى أنفسه ونثره وراءه أم لم يجذبه أو لم ينثره ، وهذا أقل مايطلب فيه على وجه السنة ،فإن أراد فعـــل

---

(١)- المصباح المنير ج ٢ ص ٨٨٧ ـ الميم مع الضاد ومايثلثهما (مضض) ومختار الصحاح ص ٦٢٦ باب الميم (مضض)

(٢)- الباجوري على ابن قاسم ج ١ ص ٥٦ ، ٥٧

(٣)- المصباح المنير ج ٢ ص ٩٣٦ ـ النون مع الشين ومايثلثهما نشق) ومختار الصحاح ص ٦٦١ باب النون (نشق)

الأكمل في الاستنشاق نثرة ورماه بعد أن يكون قد جذبه ،ويسن أن يستنثر بأن يخرج ما في أنفه من ماء وغيره ، لما رواه مسلم (مامنكم من أحـــد يتمضمض ثم يستنشق فيستنثر إلا خرت خطايا وجهه وخياشيمه) والمراد بخطايا وجهه وخياشيمه : الصغائر مثل الاستماع للمحرم بالأذنين ، أو شم رائحة امرأة أجنبية ،ويسن الاستنثار بأصبعه الخنصر من يـــده اليســرى، والمبالغة في الاستنشاق مندوبه إلا في حق الصائـــم فإنها تكره خشية إفساد صومه . (١)

فإعمالا لقاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المصالح) نجد أن المضمضة والاستنشاق سنة من سنن الوضوء يثاب فاعلهما وفيهما تحقيـق مصلحة له ،فكان فعلهما في الوضوء مطلوبا على وجه السنة ،ولكن قد ورد قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (.. ولا تبالغ مادمت صائما) وهذا يمنع المبالغة في المضمضة والاستنشاق للصائم ،فدل على أن دفع مفسدة الصيام مقدم على جلب مصلحة المبالغة في المضمضة والاستنشاق من أجل إحراز الثواب ،لأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح .

(٢)- قوله(وتخليل شعر اللحية سنة في الطهارة ويكره للمحرم) يجب غسل ظاهر شعر اللحية المسترسل الذي ينبت في محل الفرض من الوجه ، ولا يجب إيصال الماء إلى باطن اللحية ولا غسل البشرة التي تحتها إذا كان الشعر كثيفا ،لكن يسن تخليل اللحية الكثيفة ، أما اللحية الخفيفـــة فإنه يجب غسل البشرة التي تحتها معها.

وتخليل شعر اللحية الكثيفة لغير المحرم بحج أو عمرة لا شيء فيه أما للمحرم فقد يؤدي إلى إسقاط بعض شعرات من اللحية أثناء التخليل وهذا مفسد ويوجب دما على فاعله فيكره له تخليل اللحية في الوضوء عند غسل الوجه دفعا للمفسدة لأن الأصل أن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة عملا بقاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المصالح).

---

(١) الباجوري على ابن قاسم جـ ١ ص ٥٦ ، ٥٧ .

قال : (وقد يراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة) هـــذا القول احتراز من قوله السابق : (.. فإذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا) أي أنه إذا تعارض مفسدة ومصلحة ، وكانت المصلحة هي الراجحة والمفسدة هي المرجوحة قدمت المصلحـــة الراجحة على المفسدة المرجوحة.

(١)- قال : (من ذلك : الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة ، والستر ،والاستقبال ،فإن في كل ذلك مفسدة ، لما فيه من الإخـــلال بجلال الله في أن لا يناجى إلا على أكمل الأحوال ،ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه ، تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة) أي مما يراعى فيه المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة الصـــلاة مع فقد شرط من شروطها كما في الحالات الآتيـة :

(١) إذا فقد المصلي الماء والتراب ،كأن يكون محبوسا بمكان ليس به ماء ولا تراب ، فيكون فاقدا للطهوريه ،وهي شرط للصلاة ، فإذا لم يصل ،فعدم صلاته مفسدة مرجوحه ، وإذا صلــــى بدون طهارة مصلحة راجحة فتقدم المصلحة الراجحة لغلبتها على المفسدة المرجوحة ، فيصلي من غير طهارة ولا يترك الصلاة مع وجوب الإعادة عليه عند وجود أحد الطهورين .

(٢) إذا لم يجد المصلي ما يستر به عورته في الصلاة ، يكون فاقـدا لشرط ستر العورة ،وعدم صلاته مفسده مرجوحة ،وصلاته مــــع كشف العورة مصلحة راجحه ،فيصلي بدون ستر العورة تقديما للمصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة.

وهل الأفضل صلاته قائما أو جالسا ، خلاف بين العلماء .

(٣) إذا لم يعرف المصلى جهة القبلة بأن كان فى مكان غير بلده ،
ولابد من استقبال القبلة فى الصلاة لأنها شرط من شروطها ،
فلو ترك الصلاة لعدم معرفته لجهة القبلة لحدثت مفسدة ، ولو
صلى لأى جهة يتحرى الاتجاه إليها لتحققت مصلحة راجحة ،
لأنه حينئذ يكون قد فعل ما فى وسعه ، ولا يكلف الله نفسا إلا
وسعها ، فتصح صلاته إلى أى جهة يصل إليها باجتهاده ،
لأن المصلحة الراجحة مقدمة على المفسدة المرجوحة .
فإن علم المصلى الذى أدى الصلاة باجتهاده إلى جهة القبلة
أنه قد أخطأ بعد أن انتهى من صلاته فقد قال الإمام الشافعى
: إذا علم أنه قد صلى وكانت القبلة خلف ظهره فإنه يعيد
الصلاة لتيقنه بالخطأ فى اتجاهه للقبلة باجتهاده ، وقال
الأحناف : إنه قد فعل ما فى وسعه بالاجتهاد والتحرى
لجهة القبلة ، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها .

أما إن علم بخطئه فى الاتجاه إلى القبلة أثناء صلاته ، فإنه يستدير ويتحول إلى جهة القبلة ويكمل صلاته ، لأن أهل قباء عندما سمعوا بتحول القبلة من بيت المقدس إلى الكعبة المشرفة ، استداروا على هيئتهم التى كانوا عليها فى الصلاة ، واستحسن الرسول صلى الله عليه وسلم فعلهم ، وكذلك لو كان يصلى إلى جهة أداه إليها اجتهاده ، ثم تحول اجتهاده إلى جهة أخرى غلب على ظنه أنها هى القبلة ، فإنه يتجه إليها فى كل صلاة بعد هذا الاجتهاد الأخير ، وكل صلاة أداها قبل ذلك باجتهاده السابق صحيحة .(١)

(ب) قال : (ومنه الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز ، كالكذب للإصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لإصلاحها) .

من الأمور التى يراعى فيها المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة الكذب ، ولكن لا يقصد به الكذب الصريح ، بل يقصد به التعريض ، وهو الكلام الذى لا يكون مخالفا للواقع فى صريحه ، بل يكون بالكلام غير الصريح ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (إن فى المعاريض لمندوحة عن الكذب) أى إن فيها بعدًا عن الكذب ، فإذا كان من الميسور التعريض فإن الكذب يكون حراما ، أما إذا لم يكن بد من الكذب الصريح فيصبح الكذب واجبا ، كالكذب فى الحرب ، والكذب الذى يترتب عليه رفع أذى وظلم وضرر ، والكذب الذى تتوقف عليه مصلحة كبيرة ، فإنه يكون حينئذ جائزا شرعا ، لأنه وإن كان مفسدة محرمة ، ومن علامات النفاق ، إلا أنه حينما يتضمن مصلحة تعلو وتزيد على تحريمه يكون جائزا ومباحا مثل الكذب للإصلاح بين الناس ، فالكذب مفسدة إلا أنه أقل من المصلحة التى ستترتب عليه وكذلك الكذب فى الحرب ، والكذب على المرأة .

قال : (وهذا النوع راجع إلى أخف المفسدتين فى الحقيقة) .

---

(١) ينظر : الهداية وفتح القدير والعناية جـ١ ص ١٨٩ ـ ١٩١ .

القاعدة الخامسة
(الحاجه تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة)

ليست كل حاجة تنزل منزلة الضرورة ، كما تشعر عبارة السيوطي في هذه القاعدة ، ولكن قد تنزل بعض الحاجات منزلة الضرورات ، فتبيح الحاجه ماتبيحة الضرورة ، وتجعل الممنوع مباحا ، ولهذا كان الأصح التعبير بقد فيقال (الحاجة قد تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أوخاصة) وقوله (عامة) أي تعم جميع الناس ، وقوله (خاصة) أي تخص بعض المكلفين أو أحد هم .

قال : (من الأولى : مشروعية الإجارة ، والجَعَالة ، والحوالة ، ونحوها ، جوزت على خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة وفي الثانيه من الجهالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين ، لعموم الحاجة إلى ذلك ، والحاجه إذا عمت كانت كالضرورة)

قوله (من الأولى) أي من الحاجه العامة جواز الإجارة والجعالة والحوالة ، ونحوها ، فإنها قد شرعت وجازت على خلاف القياس ، لأن الأولى وهي الإجارة قد يرد فيها العقد على منافع ليست موجودة ، بل هي معدومة عند التعاقد عليها ، والأصل في العقود أن تقع على أشياء موجودة وقت التعاقد عليها ، ولكن لما كانت حاجة الناس إليها عامة فقد أجازها الشارع على خلاف القياس .

وإنما كانت حاجة عامة لأن الناس جميعا يحتاجون لتبادل الأموال والمنافع فيما بينهم ، لأن البعض قد يكون عنده بيت لا يشغله بالسكن

فيحتاج إلى تأجيره للغير ليمكنه وليأخذ هو المال بدلا عن المنفعة ، وكذلك الأرض الزراعية قد يوجد من عنده أرض زراعية ولكنه لا يستطيع أن يزرعها لعدم خبرته فيؤجرها لمن يزرعها وهكذا ، وقد يوجد من عنده سيارة يستعملها في نقل الناس بالأجر . الخ .

فيكون كل من المتعاقدين قد استفاد ، ويقضى الناس حاجاتهم عن طريق عقد الإيجار الوارد على منفعة تحقق فيما بعد ، فأباحت الشريعة هذا العقد ، تنزيلا للحاجة مكان الضرورة .

والثانيه : الجعالة من الجَعْل ، هي لغة : الأجر الذى يجعل لشخص على فعل شيء يفعله [1] وشرعا : التزام مطلق التصرف عوضا معلوما على عمل معين أو مجهول لمعين أو غيره ، فالجعالة لا تكون إلا بالتزام شخص مطلق التصرف وهو الملتزِم عوضا هو الجُعْل الذى يدفعه على عمل معين أو مجهول أى عسر علمه لشخص آخر معين أو غيره ، وهو العامل ، وصورة المعين أن يقول لزيد : رد ماشيتى الضالة ولك علىّ كذا من المال ، وصورة غير المعين يقول : مَنْ رَدَّ ماشيتى الضالة فله علىّ كذا . [2] والجعالة عقد على فعل شيء مجهول قد يحدث وقد لا يحدث ، ففيها جهالة ، والجهالة تؤدى إلى غرر ، وقد نهى الشرع عن كل تعامل فيه غرر وجهالة وهذا هو القياس ، إلا أن حاجة الناس تدعو إليها إذا ضلت مواشيهم ، فلولاها ما عثر صاحب الضالة على ضالته ، ولضاعت أموال الناس عليهم ،

---

(١) - المصباح المنير جـ١ ص١١٦ الجيم مع العين وما يثلثهما (جعل) ومختار الصحاح ص١٠٥ : باب الجيم (جعل)

(٢) - الباجورى على ابن قاسم جـ٢ص ٣٣ - ٣٥

فأباحها الشرع نظرا لحاجة الناس إليها فنزلت لحاجة العامة للنـــاس منزلة الضرورة ·

والثالثة : الحوالة ، وهى لغة : من التحويل ، وهو النقل ، فيقال : أَحَلْتُه بدينه نقلته إلى ذمة غير ذمة المحيل ـ · [1] وشرعا : نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وأركانها ستة محيل ومحتـــال ومحال عليه ودينان : دين للمحتال على المحيل ، ودين للمحيـــل على المحال عليه ، وصيغة ، وهى بيع دين بدين أو استيفاء حق ، وشرائطها أربعة : ١ ـ رضا المحيل ، وهو من عليه الدين ، ولا يشترط رضا المحال عليـــه على الأصح ، لأنها لا تجوز إلا على من عليه دين ·

٢ ـ قبول المحال ، وهو مستحق الدين على المحيل ·

٣ ـ كون الحق المحال به لازما أو قابلا للزوم فى الذمة ·

٤ ـ اتفاق الدين الذى فى ذمة المحيل والمحال عليه فى الجنـــس والقدر والنوع والحلول والتأجيل ، لأن الحوالة معاوضـــة إرفاق ، فكان لابد فيها من الاتفاق فى كل هذا كالقرض·

ويترتب على الحوالة أن تبرأ ذمة المحيل عن دين المحتال ، ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه ، حتى لو تعذر أخذه من المحال عليه لإفلاسه ، أو جحد الدين ونحـــو

(١)- المصباح المنير جـ١ الحاء والواو وما يثلثهما (حول) ومختار الصحاح باب الحاء (حلول) ·

فلذلك يرجع المحال على المحيل حتى ولو كان المحال عليه مفلسا عند الحوالة وجهل المحتال إفلاسه ، وهي بيع دين بدين أو استيفاء حق ، (١) والأصل أنها منهي عنها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ ، ونهى عن بيع الدين بالدين ، إلا أن الناس يحتاجون جميعا إليها ، فقد يكون على شخص دين لآخر وله دين مثله على ثالث ملئ ، فيحيل الدائن على المدين الملئ ، فيكون الدائن قد استوفى حقه من المحال عليه وهو المدين الملئ ، والمدين الأول المحيل قد استوفى دينه ولهذا شرعها الشارع الحكيم تنزيلا لحاجات الناس العامة منزلة الضرورة ، ودليل شروعيتها قوله صلى الله عليه وسلم (مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع) .

والرابعة: قوله (ونحوها) مثل السلم ، وهو لغة : السلف ، فيقال : أسلمت إليه أي أسلفت . (٢)

وشرعا : هو بيع شئ موصوف بالذمة ، وشروط صحته هي : ١ - أن يكون المُسلَم فيه مضبوطا بالصفة ، بحيث تنتفي جهالته .

٢ - أن يكون جنسا لم يختلط به غيره ، اختلاطا مقصودا للأجزاء لا ينضبط .

٣ - أن لا تدخله النار لإحالته إلى شئ آخر .

٤ - أن لا يكون المُسلَم فيه معينا بل يكون دينا .

(١)- الباجوري على ابن قاسم جـ١ ص ٣٩٠ - ٣٩٣ .

(٢)- المصباح المنير جـ١ ص ٤٣٧ السين واللام وما يثلثهما (سلم) ومختار الصحاح ص ٣١ باب السين (سلم)

٥ ـ أن لا يكون من معين ، كقوله : أسلمت إليك هذا الدرهم في صاع من هذه الصبـــرة .

ويشترط لصحة المسلم فيه ثمانية شرائط هي :ـ

١ـ أن يصفه بعد ذكر جنسه ونوعه بالصفات التي يختلف بها الثمـن .

٢ ـ أن يذكر قدره بما ينفي الجهالة عنه كيلا أو وزنا أو قياسا أو عددا .

٣ ـ إذا كان السلم مؤجلا ذكر العاقد وقت التسليـــم .

٤ ـ أن يكون المسلم فيه موجودا عند وقت الاستحقاق غالبا ، فلو أسلم فيما لا يوجد عند وقت التسليم لا يصح .

٥ ـ أن يذكر موضع تسليمه إذا كان نقله فيه مؤنة وتكاليف .

٦ ـ أن يكون الثمن معلوما بالرؤية أو بالإشارة أو بتحديده .

٧ ـ أن يتقابض المسلم والمسلم إليه في مجلس العقد قبل التفرق .
فلو تفرقا قبل قبض رأس المال بطل العقد ، وإن تفرقا بعد قبــض بعضه ففيه خلاف تفريق الصفقة .

٨ ـ أن يكون عقد السلم ناجزا لم يدخله خيار الشرط ، بخلاف خيـــار المجلس فيصح العقد معـــه .

والأصل أن بيع السلم لا يصح ، لأنه بيع معدوم وقت العقد ، فيؤدي إلى الجهالة والغرر ، إلا أن الناس جميعا يحتاجون لهذا البيع فأجازه الشارع تنزيلا للحاجة منزلة الضرورة . ودليل الجواز قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (مَنْ أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) وقد قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالـــى :

(يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه. الخ)[١]
إنها نزلت في السلم ، وقد أجمع الصحابه على جوازه.[٢]

وكل هذه التصرفات إنما (جوزت على خلاف القياس) لأن الإجارة والجعل والحوالة إنما جازت وصحت خلافا للقياس لأننا لو قسنا كلا منهما على غيرها لكانت باطلة ولما صحت ، لاختلال شرط وجود المعقود عليه وقت التعاقد ، وهو فيها كلها غير موجود ، إلا أنها جازت لحاجة الناس إليها جميعا ، فقدمت حاجتهم إليها فنزلت منزلة الضرورة.

والخامسة : قال (ومنها ضمان الدَّرَك ، جوز على خلاف القياس ، إذ البائع إذا باع ملك نفسه ليس ما أخذه من الثمن دينا عليه ، حتى يضمن ، لكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه ، ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا).
(الدَّرْك) بفتح الدال والراء ، أو سكون الراء وهو لغة : اسم من أدركت الشيء ، ومنه ضمان الدرك ، ويطلق على التبعة ، يقال : ما لحقك من درك فعليّ خلاصه.[٣] وصورته في الشرع : أن يضمن البائع للمشتري الثمن إذا ظهر أن المبيع مستحق للغير أو معيب ، أو يضمن المشتري للبائع المبيع إذا ظهر أن الثمن مستحق للغير[٤] ولا يصح

---

(١)- الآيه ٢٨٢ من البقرة.
(٢)- الباجوري على ابن قاسم جـ١ ص ٣٦٦ - ٣٧٣ والآية رقم ٢٨٢ من سورة البقـــرة.
(٣)- المصباح المنير جـ١ الدال والراء وما يثلثهما (درك) ومختار الصحاح باب الدال (درك).
(٤)- الباجوري على ابن قاسم جـ١ ص ٣٩٦ - ٣٩٧

ضمان الدرك إلا بعد قبض المضمون ، لأنه إنما يضمن ما دخل في ملك غيره ، وهذا الضمان جاء على غير القياس ، لأن الإنسان لا يضمن مال نفسه ولا يترتب على ذلك أن يكون دينا عليه ، لكن لما كان الناس يحتاجون إلى التعامل في بعض الأوقات مع من لا يعرفونهم بيعا أو شراء ، ولا يطمئنون إلى التعامل معهم ، فقد أجاز الشارع الحكيم الدرك ، ليكون وسيلة للاطمئنان في المعاملات ، وهذا على خلاف القياس.

سادسة: قال (ومنها مسألة الصلح ، وإباحة النظر للمعاملة ونحوها ، وغير ذلك).

الصلح لغة : هو التوفيق ، يقال : تصالح القوم واصطلحوا ، وأصْلَحْتُ بين القوم أي وفقت بينهم.(١)

وشرعا : عقد يحصل به قطع المنازعة.(٢)

والصلح عند الشافعية نوعان : إبراء ومعاوضة ، وصلح الإبراء يكون باقتصاره من دينه على بعضه ، بأن يصالحه عن الألف جنيه التي له في ذمته على خمسمائة منها ، فكأنه قال له : أعطني خمسمائة

---

(١)- المصباح المنير جـ١ ص٥٢٨ الصاد واللام وما يثلثهما (صلح) ، ومختار الصحاح ص٣٦٧ باب الصاد (صلح).

(٢)- الهداية وفتح القدير والعناية جـ٧ ص٢٤ والباجوري على ابن قاسم جـ١ ص٣٨٥

وأبرأتك من خمسمائة ، كما حدث لكعب بن مالك فإنه طلب من عبد الله بن أبي حدرد دينا له عليه ،فارتفعت أصواتهما في المسجد ، حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج إليهما ونادى : ياكعب فقال : لبيك يارسول الله ،فأشار إليه أن ضع الشطر ، فقال : قد فعلت ،فقال صلى الله عليه وسلم: قم فاقضه) .

وصلح المعاوضة يكون بعدوله عن حقه إلى غيره ،مثل أن يدعى عليه دارا أوجزءا منها ، وأقرله بذلك ، وصالحه عنها على شيء معين آخر فهو صحيح ،ويكون له حكم البيع ،فكأنه قد باع له الدار بهذا الشيء المعين ، فيثبت في المصالح عليه أحكام البيع ، مثل الرد بالعيب ، ومنع التصرف قبل القبض .

أما لوصالحه على بعض العين التي يدعيها فيكون الجزء المتروك هبة من المدعى ، لأنه تمليك بغير مقابل ، وتثبت فيه أحكام الهبة من أنها لا تملك إلا بالقبض ،وعدم رجوع الواهب فيها بعد القبض ، إلا أن يكون والدا ، وغير ذلك وهذا يسمى صلح الحطيطة ، لأنه قد حط عنه بعض العين ، وكما يجوز في العين يجوز أيضا في الدين ،لأن صلح الحطيطة يعم العين والدين ،وصلح الإبراء يختص بالدين ،وصلح الهبة يختص بالعين. (١)

---

(١)- الباجوري على ابن قاسم ج١ ص ٣٨٥ ـ ٣٨٨

و(مسألة الصلح) المقصود بها تقديم الباب أو تأخيره للبيت الذى يقع فى الدرب المشترك ، فقد نصوا على أنه يجوز تقديم الباب فى الدرب وهو الطريق غير النافذ ، لأن ملكيته خاصة ، وليست عامة ، وهذا إذا كانت الدار تقع عند رأس الدرب ، ولا يجوز له تأخير الباب إلى جهة آخر الدرب ، إلا بإذن الشركاء الآخرين فى الدرب ، الذين تبعد أبواب دورهم عن رأس الدرب من بابه القديم ، لأن استحقاق كل شريك بالدرب يختلف باختلاف موقعه من الدرب ، فكل منهم له حق الانتفاع من أول باب داره إلى رأس الدرب ولا يحق له الانتفاع بما بعده ، حتى آخر الدرب ، فلو فرضنا أن فى الدرب ثلاث دور ، الأولى لبكر عند رأس الدرب ، والثانية لعمرو وهى فى وسطه ، والثالثة لزيد وهى فى آخره ، فإن بكرا يستحق أن ينتفع من باب داره إلى رأس الدرب فقط ، ولا يستحق الانتفاع بما يليه من جهة عمرو ، وكذلك عمر له أن ينتفع من باب داره إلى رأس الدرب ، ولا يستحق الانتفاع بما يليه من جهة زيد ، أما زيد فله حق الانتفاع بالدرب كله من أوله إلى آخره ، لأن بيته آخر البيوت فى الدرب .

وعلى هذا فإذا أراد بكر أو عمرو أن يقدم أحدهما بابه جاز له ذلك بشرط أن يغلق القديم ، فإن لم يغلقه كان من حق من بعده بالدرب أن يمنعه ، لأن استعمال الباب القديم مع الحديث يعطيه أكثر من حقه مما يضر بغيره بالدرب ، ولا يجوز له أن يؤخر باب داره إلى جهة آخر الدرب ، سواء سد الأول أم لا ، لأنه لا حق له فيه ، إلا أن يأذن له الشركاء الذين يقع باب دارهم أبعد عن رأس الدرب من الباب القديم ، بخلاف مَنْ بَابُهُ أقرب منه ، أو مقابله ، لأنه لا حق لهم فيما دخل عن

بابهم ، فإذا منعوه لايجوز له تأخيره ، لأن الحق لهم ولم يأذنـوه ، فإذا صالحهم على مال صح ، لأنه انتفاع بالأرض ، ويعتبر الصلـح حينئذ في حكم الإجارة اذا كانوا حددوا مدة معينة من الزمن للانتفـاع ، أما إذا لم يحددوا مدة معينة فإنه يكون بيعا ،لكن لوتصالحوا بدون مقابل من المال مطلقا فيكون في حكم الهبة . ففتح الباب ممنوع ومحرم شرعـا نظرا لمايترتب عليه من الضرر ،لكن قد أباحه الشارع إذا تصالحوا علـى فتحه للحاجة التي تدعو إلى ذلك ،فنزلت الحاجة منزلة الضرورة .[1]

السابعة :(وإباحة النظر للمعاملة ونحوها وغير ذلك) النظر إلى الأجنبية محـرم شرعا ، وقد نهى عنه . الله سبحانه وتعالى بقوله (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم)[2] وهذا مبدأ عام قررته الشريعة الإسلامية حتى تصـان المرأة في المجتمع الإسلامي ، وتحفظ الأعراض من كل عبث ، لكن قـد توجد بعض الحاجات التي تدعو إلى النظر إلى وجه المرأة الأجنبية أوكفيها ، مثل التعامل بالبيع أوالشراء وسائر المعاملات المالية ،ونحوها ،مثـل العلاج والشهادة ،فإنه يصح للطبيب المعالج أن ينظر إلى موطن الداء فقط ولايتجاوزه ، وإلا يكون آثما ، وكذلك في شهادة المرأة أمـام القضاء يصح أن يرى منها الوجه والكفين للحاجة وقت الشهادة ،وإنما جاز النظر إلى الأجنبية في هذه المواضع وأمثالها للحاجة التي تدعـو إلى ذلك ، فنزلت منزلة الضرورة .

---

(١)- الباجـوري على ابن قاسم ج١ ص ٣٩٠

(٢) - الآية رقم ٢٠ من سورة(المؤمنـون) .

قال : (ومن الثانيه : تضبيب الإناء بالفضة ، يجوز للحاجة ،ولا يعتبـــر العجز عن غير الفضة ، لأنه يبيح أصل الإناء من النقد ين قطعا ،بـــل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى التزيين ، كإصلاح موضع الكســر ، والشد ، والتوثق) قوله (ومن الثانيه) أى من الحاجة الخاصة التـــى قد تكون لشخص دون غيره ، (تضبيب الإناء بالفضة) وهو فى الأصل رأب الصدع الحادث فى الإناء بوضع الضبة ،وهى : من حديد أونحـــاس أونحوهما يُشعَب بها الإناء ، حتى ينصلح ما به من صَدْع، ويقال : ضَبَّبْتُه أى جعلت له ضبة ،[1] ثم استعمل فى كل ما يوضع على الإناء ولوكــــان للزينة ، بالذهب أو الفضة ، صغير أم كبيــر .

والتضبيب حاجة ، لأنه يتم به المحافظة على الإناء الذى بـــه الصدع، وفى عدم إصلاحه ضياع له ،وهو مال تجب المحافظة عليـــه ، ولذلك يباح التضبيب بالذهب والفضة إذا كان قدر كل منهما صغيـــرا بالإجماع ، للحاجة إليه حينئذ ، والحاجة تقدر بقدرها ، فلا يزيد عـن القدر المطلوب فقط. وإذا كان التضبيب صغيرا للزينة ، أوكبيرا للحاجة إليه فإنه يجوز فى الأصح ، مراعاة للصغر فى الأول وللحاجة فى الثانى ، ومقابل الأصح أن ينظر إلى الزينة فى الأول وإلى الكبر فى الثانى فإنـــه يحرم وضبة موضع الاستعمال مثل غيره فى الأصح .

---

(١)- المصباح المنير جـ٢ ص٥٤٤ كتاب الضاد ـ الضاد مع الباء ومـــا يثلثهما (ضـبـب).

ومقابل الأصح أنه يحرم مطلقا ، لمباشرة الضبة بالاستعمال .
وقد حرم النووى ضبة الذهب مطلقا بالإناء ، سواء كانت صغيرة أم كبيرة
وسواء كانت للحاجة أم للزينة ، لأن الخيلاء فيها أكثر .

وإنما حرم الذهب والفضة فى غير التعامل بهما ثمنا للأشياء ، لأن
الله تعالى خلقهما ليكونا أثمانا ، حتى يسهل التعامل بين الناس ، فلو
أبيحا فى غير هذا الغرض من جعلهما أطباقا أو أوانى للطعام أو ملاعق أو
نحو ذلك لصارت العملة التى يتعامل بها الناس قليلة ، مما يجعل الناس
فى حرج ومشقة فى التعامل ، ولذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن اتخاذ الذهب والفضة آنية للطعام بقوله (لا تأكلوا فى أوانى الذهب
والفضة) .
ولكن قد أجاز الشارع لمن كان عنده إناء له قيمة وكسر أوحصل به شرخ أن
يضببه بالفضة ، لحاجة الناس إلى صيانة أموالهم والحفاظ عليها .
(٣)- قوله (ومنها الأكل من الغنيمة فى دار الحرب ، جائز للحاجة ، ولا
يشترط للآكل أن لا يكون معه غيره) .
أخذ شىء من الغنيمة قبل توزيعها محرم وغلول (ومن يغلل يأت بما غل
يوم القيامة) [1] لكن لما كان المجاهدون فى حاجة إلى عوامل تشجعهم
على الاستمرار فى القتال ، وتقوى عزمهم على الكر والفر وملاحقة الأعداء ،
أباح الشارع لهم أن يأكلوا من الغنيمة التى غنمها كل منهم ، ولو كان معه
طعام من جنس ما غنمه ، لأن الحاجة إلى إدخال السرور عليهم لا زالت

---

(١)- الآية رقم ١٦١ من سورة آل عمران .

مستمرة ، ويظل المجاهد يأكل مما غنمه حتى يصل إلى عمران المسلمين ، فإذا وصل إليه حرم عليه الأكل من الغنيمة ، لأنه لا حاجة الآن ، وأصبح المغنوم ملكا للمسلمين عامة .

القاعدة السادسة
العادة محكمة

العادة : أصلها من العَوْد ، يقال : عاد إلى الأمر رجع إليه واعتاد الأمر وتعوده صار له عادة ، وسميت العادة عادة لأن صاحبها يعاودها ، ويرجع إليها المرة بعد الأخرى [1] ، ففي العادة معنى التكرار الذي يؤكد أن الأمر حدث مكررا ولم يكن مجرد صدفة .

والعرف : هو ما ألفه الناس ، وساروا عليه ، واعتادوه في أمورهم ، فعلا كان أو قولا ، ولا يعارض الكتاب أو السنة ، فالعرف الفعلي أو العملي مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي بدون صيغة لفظية للايجاب والقبول ، وتعارفهم تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل ونحو ذلك ، والعرف القولي مثل إطلاق اسم الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه في اللغة يشملهما ، وتعارف الناس أن السمك لا يطلق عليه لفظ اللحم ، مع أن القرآن الكريم قد سماه لحما في قوله تعالى (وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا) [2] .

(١) - المصباح المنير جـ٢ ص ٦٦٨ — العين والواو وما يثلثهما (عود) ، ومختار الصحاح — باب العين (عود) .
(٢) - الآية رقم ١٢ من سورة فاطر .

وتقييد العرف بعدم معارضته للكتاب أو السنة ، لأنه إذا عارض أحدهما فهو عرف فاسد يرد ، ولا يعمل به ، مثل جريان العرف على التعامل بالربا أو شرب الخمر ، لمخالفة الأول لقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) [1] ، ومخالفة الثاني لقوله سبحانه (يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون) [2] .

والعرف قد يكون عاما إذا كان الناس جميعا في جميع البقاع في عصر معين يتفقون على العمل به ، مثل تعارف الناس على دخول الحمام العام دون تقدير أجر محدد أو تعيين مدة معينه للبقاء فيه ، أو تعارفهم على الاستصناع ، وقد يكون العرف خاصا إذا كان الناس في بلد من البلدان أو إقليم من الأقاليم ، أو طائفة من الطوائف يتفقون على العمل به ، مثل تعارف أهل العراق على إطلاق لفظ الدابة على الفرس ، مع أنها في اللغه اسم لكل مايدب على الأرض ، وتعارف أهل مصر على أن مايقدمه الخاطب إلى مخطوبته من حلى وأشياء أخرى كالثياب ونحوها يعتبر من الهدية لا من المهر ، لأن المهر لم يتقرر بعد .

والفرق بين العادة والعرف أن العادة تكون مرتبطة بشخص واحد ، أو أشخاص محددين ، فلا تكون عرفا في هذه الحالة ، لأن العرف إما عام للناس جميعا في عصر معين في جميع البقاع ، وإما خاص بإقليم أو طائفة ، وهو أيضا يعتبر عاما لكل أهل الإقليم أو الطائفة ، وبهذا يكون بين العادة

---

(١)- الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة .
(٢)- الآية رقم ٩٠ من سورة المائدة .

والعرف عموم وخصوص مطلق ، فيجتمعان فيما لوكانت العادة عامة وليست خاصة بفرد أو أفراد محددين ، وتنفرد العادة فيما إذا كانت خاصة بفرد ، فكل عرف عادة ، وليس كل عادة عرفا .

ومعنى قاعدة (العادة مُحَكَّمة) أن ماتعوده الناس من العادات السليمة التى لاتتصادم مع نص من كتاب أوسنة أوغيرهما من المصادر الشرعية قد جعلها الله تعالى منوطا بها كثير من الأحكام ، فهى محكمة ما دامت الطباع السليمة تقبلها .

(قال القاضى : أصلها قوله صلى الله عليه وسلم " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " . قال العلائى : ولم أجده مرفوعا فى شئ من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه ، أخرجه أحمد فى مسنده) .

قال القاضى حسين : أصل قاعدة (العادة محكمة) قول الرسول صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) ، ومعنى الحديث أن الأمر الذى يجرى المسلمون على اعتباره من الأمور الحسنة يكون عند الله أمرا حسنا ، يرجع إليه ، ويعمل به .

وفى قوله (ما رآه المسلمون) مايشير إلى أن المراد عادات الناس المتمسكين بدينهم الذين يتحرون الكمال فى تصرفاتهم ، لاعادات الناس من أهل السوء التى لاتمت لأخلاق الإسلام بصلة .

ولقد تكلم العلائى فى سند هذا الحديث وقال : إنه ليس مرفوعا ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود رضى الله عنه . وكما هو معلوم فإن كلام الصحابة يكون حجة فى كل مالامجال للرأى فيـــه .

والدليل من القرآن الكريم قوله تعالى (ومن يشاقق الرسول مــن بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ..الخ) (١) فقوله تعالى (ويتبع غير سبيل المؤمنين) فيه تنديد باتباع سبيل غيــر المؤمنين ، وهذا يتضمن الأمر باتباع سبيل المؤمنين ،وسبيل المؤمنين هو ماتعودوا عليه فى أعمالهم وأقوالهم ، فيكــون فى الآية معنــى قاعدة (العادة مُحَكَّمة) لأنها توجب اتباع سبيل المؤمنين وطريقتهـــم وهو ماتعارف عليه المؤمنون ،فيكون ماتعارف عليه المؤمنون حجة يترتب عليها الحكم الشرعى ، فالآية دليل على القاعدة ،كما أن الحديث قبلها دليل عليها كذلك.

قال (اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه فى الفقه فى مسائل لاتعد كثرة)

معنى هذه العبارة أن جعل العادة والعرف مناطا وحكما للأحكام الشرعية قد رجع إليه الفقهاء فى استخراج الأحكام فى مسائل كثيرة لايمكن عدهـــا لكثرتها ، كما وضحه المصنف فيمايلى بقولـــه :

(١) - (فمن ذلك سن الحيض) : الحيض لغة : هو السيلان ، يقــال : حاض الوادى إذا سال ماؤه ، وحاضت الشجرة إذا سال صمغهـــا ، ويقال للمرأة حائض ، لأنه وصف خاص بها ، وقيل : حائضة بناء على حاضت،

(١) الآيـة رقـم ١١٥ من سورة النســاء .

والجمع حُيَّض للحائض ، وحائضات للحائضة (١)

وشرعا : (هو الدم الخارج من فرج المرأة على سبيل الصحة) فخرج الدم الذى يخرج من الفرج لعلة أو لمرض ، والذى يخرج بسبب الولادة لأنــه يسمى نفاسا . وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين قمرية ، لافــرق بين البلاد الحارة أو الباردة ، لأن الإمام الشافعى رضى الله عنه قـــال: أعْجَلُ من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة ، يحضن لتسع سنين ،(٢)

فقد استقرأ الإمام الشافعى عادات الناس وتتبع أقوالهم فى أقل سن تحيض فيه المرأة فأخبروه بأنها لاتحيض لأقل من تسع سنين هلالية ، فبنـــى حكمة على استقراء العادة والعرف ، فكان دليله فى تحديد أقل ســـن للحيض للمرأة هو العادة ، وكانت العادة مُحَكَّمة ، والاستقراء الكامل بتتبع عادات جميع نساء الدنيا مستحيل ، وإنما الممكن الاستقراء للكثرة منهن ، وعلى هذا فتكون نتيجته ظنية ، ويكون العرف حينئذ هو الأساس الذى بنى عليه الحكم ، فإذا وجد من يدعى أن بنتا قد حاضت فى سن أقل مـــن التاسعة بكثير مثل السادسة أو السابعة ، فإن هذا لا يبنى عليه حكـــم ، لأنه قد ورد على خلاف العادة والعرف فلا يلتفت إليه .

---

(١)- المصباح المنير جـ١ ص٢٤٧ - الحاء مع الياء ومايثلثهمـــا (حيض) ومختار الصحاح باب الحاء (حيض)

(٢) - الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص١١١ - ١١٢ - ١١٧

(٢) – (والبلوغ) يكون للذكر والأنثى بعلامات تدل عليه ، فالذكر يحكم ببلوغه إذا احتلم ، فإذا لم يحتلم حتى بلغ سنه خمسة عشر عاما هلالية حكم ببلوغه ، وهذا كله قد بنى على العادة والعرف بين الناس ، والأنثى يحكم ببلوغها بالحيض أو بالاحتلام ، فإذا بلغت من السن خمسة عشر عاما ولم تحض أو تحتلم فإنه يحكم ببلوغها ، وقد بنى الحكم فى بلوغ كل من الذكر والأنثى على العرف والعادة ، فالعادة مُحَكَّمَة .

(٣) –(والإنزال) بأن ينزل الذكر المنى من قُبُلِه ، وهو يختلف باختلاف البلاد برودة وحرارة ، فالبلاد الباردة يتأخر إنزال الذكر فيها للمنى عن مثيله فى البلاد الحارة ، والبلاد المتوسطة فى الحرارة ، والمعتدلة فى المناخ يكون إنزال الولد فيها فى سن بين من يعيش فى البلاد الباردة أو البلاد الحارة من أمثاله ، وهذا كله مبنى على العرف والعادة الجارى بين أهل كل بلد من البلاد ، فالعادة محكمة .

(٤) –(وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها) أقل مدة الحيض يوما وليلة ، وأكثره خمسة عشر يوما ، وغالبه ستة أيام أو سبعة ، وقد بنى الحكم فى كل هذا على الاستقراء بعد التتبع والفحص من الإمام الشافعى رضى الله عنه لنساء العرب ، فقد بنى حكمه على العرف والعادة والعادة محكمة . وأقل النفاس لحظة ، وأكثره ستون يوما وغالبه أربعون يوما بالاستقراء للعرف والعادة .

وأقل الطهر الذى يفصل بين الحيضتين خمسة عشر يوما ، ولاحد لأكثره ، بعد الاستقراء للعرف والعادة . وإنما لم يكن للطهر حد لأكثره ، لأن المرأة قد لاتحيض مطلقا ، وقد لاتحيض إلا مرة واحدة ، وبهذا نجد

أن تحديد أقل المدة للحيض وأعلاها ، وكذلك للنفاس ، وكذلك للطهر قد بنيت على الاستقراء والتتبع لحالات النساء وعاداتهن ، فبنيت هذه الأحكام كلها على العرف والعادة ، فالعادة محكمة .

(٥) ــ (ضابط القلة والكثرة في الضبة) فقد سبق أن قلنا[1] إن حكم التضبيب إذا كان صغيرا وقليلا فهو مباح بالإجماع ، لكن ضابط القلة والكثرة يرجع إلى عرف الناس وعاداتهم . فما يعده الناس قليلا فهو قليل ، ويكون حلالا ، وما يعده الناس كثيرا فهو كثير ، ويكون حراما ، لأن العادة محكمة .

(٦) ــ (والأفعال المنافية للصلاة) فإن الصلاة تبطل بالأفعال الكثيرة ، ويرجع في تقديرها للعرف والعادة ، فما يعتبره الناس كثيرا من الأفعال في الصلاة ، ويعدون من يفعلها أثناء صلاته قد خرج عن حدود القلة إلى الكثرة ، ولا يعتبرونه في صلاة ، فإن صلاته تكون باطلة ، وهذا بناء على تقدير الناس للكثرة في عرفهم وعاداتهم ، فالعادة محكمة .

(٧) ــ (والنجاسات المعفو عن قليلها) فقد قال الأحناف إن القليل المعفو عنه من النجاسات هو ما لا يزيد عن قدر الدرهم . وقال الشافعية : إن القليل المعفو عنه من النجاسات هو كل ما يشق الاحتراز عنه ، فكلا الرأيين قد لاحظ عرف الناس وعاداتهم ، فما عده الناس قليلا فهو معفو عنه وما عدوه كثيرا فهو غير معفو عنه ، فالقلة والكثرة ترجع إلى العرف ، لأن العادة محكمة .

---

(١) ــ ينظر ص ٤٣ من هذا الكتاب .

(٨) ـ (وطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء في وجه) تتحقق الموالاة بين أعضاء الوضوء إذا لم يكن التفريق بين الأعضاء كثيرا في العرف والعادة ، وهذا هو المقصود في عبارة المصنف .

وقيل : إن الموالاة تتحقق بغسل العضو التالي قبل أن يجف سابقه مع الاعتدال في الجسد والزمان والمكان ، لاختلاف هذا باختلاف الأجسام حرارة وبرودة ، وتباين الأزمنه صيفا وشتاء ، وتغاير الأمكنة من حارة إلى باردة إلى معتدلة .[1]

والموالاة بين أعضاء الوضوء فرض عند المالكية مثل سائر فروض الوضوء ، لابد منها ، ولاتسقط ولوجهلا أوسهوا . واستدلوا بأدلة منها :ـ

(أ) ما روى (أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي وفي ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعيد الوضوء والصلاة)[2] فقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الرجل الذي ترك جزءا من قدمه لم يصبه الماء أن يعيد الوضوء والصلاة معا ، لأنه ليس على طهارة فيعيدا لصلاة ، ولأن الموالاة واجبة فيعيد الوضوء ليحقق الموالاة ، وإلا لأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بالاقتصار على غسل اللمعة المتروكة فقط .

---

(١) المغني جـ١ ص١٢٨ ، والشرح الكبير عليه جـ٢ص ١٢ ، وحاشية الدسوقي جـ١ ص٩٢ ، والمجموع شرح المهذب جـ١ص ٤٥٢ ، وبداية المجتهد جـ١ ص ٣٢ ، والمحلى جـ٢ ص ٧٠ ، والبحر الزخار جـ١ص ٧٥ـ ٧٦ ، ومراقي الفلاح شرح نور الايضاح ص٤٤ .

(٢) رواه ابوداود في سننه في (باب تفريق الوضوء ، جـ٢ص١٧٣ ، ورواه البيهقي في سننه (باب تفريق الوضوء) جـ١ ص ٨٣

(ب)- أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يتوضأ إلا متواليا ،ولم يترك الموالاة ولومرة واحدة مما يدل على فرضها ،وقال الجمهور الأحناف والشافعية والحنابلة وغيرهم : إن الموالاة سنة وليست بفرض فى الوضوء ،واستدلوا بأدلة منها (أ)- إن قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم إلى الكعبين ... الخ) ذكرت أركان الوضوء وفرائضه وليس من بينها الموالاة ،لأن الطهارة تتم ولولم تتحقق الموالاة .

(جـ)- مارونه السيده ميمونه رضى الله عنها قالت : (وضعت للنبى صلى الله عليه وسلم غسلا فاغتسل من الجنابة ، فأكفأ الإناء بشماله على يمينه فغسل كفيه ، ثم أدخل يده فى الإناء ، فأفاض على فرجه ، ثم دلك بيده الحائط ، ثم مضمض واستنشق وغسل وجهه وذراعيه ، ثم أفاض على رأسه ثلاثا ،ثم أفاض على سائر جسده ، ثم تنحى فغسل رجليه)، فقد فصل الرسول صلى الله عليه وسلم بين وضوئه وبين غسل الرجلين بالزمن الذى خرج فيه من مكان غسله ، فحصل تفريق بين الوضوء والغسل وبين إتمامهما بغسل الرجلين مما يدل على أن الموالاة غير واجبة .(1)

وعلى كلا الرأيين سواء أكانت فرضا أم سنة فإن تحديد الزمن الفاصل بين أعضاء الوضوء قلة وكثرة يحدد العرف والعادة ،فما عده الناس فى عرفهم

---

(1) الحديث رواه البخارى فى صحيحه جـ1 ص75 فى (باب تفريق الغسل والوضوء) ورواه الترمذى فى صحيحه جـ1 ص 22 فى (باب ماجاء فى الغسل من الجنابة) وفى (باب المضمضة والاستنشاق فى الجنابه) وقال حديث حسن صحيح . وينظر بداية المجتهد جـ1 ص 23، والمحلى جـ2 ص 69

وتعارفوا على أنه زمن قليل فهو فاصل قليل تتحقق معه الموالاة ، وما يعده الناس فاصلا كثيرا فهو كثير لا تتحقق معه الموالاة ، فكان العرف محكما .

(٩) — (والبناء على الصلاة في الجمع) يجوز للمسافر سفرا طويلا مباحا أن يجمع بين صلاتي الظهر والعصر تقديما وتأخيرا في وقت أيهما شاء ، وأن يجمع بين صلاتي المغرب والعشاء تقديما وتأخيرا في وقت أيهما شاء ، وشروط جمع التقديم ثلاثة : الأول : أن يبدأ بالظهر قبل العصر ، وبالمغرب قبل العشاء ، فلو عكس بأن بدأ بالعصر قبل الظهر مثلا لم يصح ، ويعيدها بعدها إن أراد الجمع ، والثاني : أن ينوي الجمع أول الصلاة الأولى ، بأن تقترن نية الجمع بتحرمها ، فلا يكفي تقديمها على التحرم ، ولا تأخيرها عن السلام من الأولى ، وتجوز في أثناء الصلاة الأولى على الأظهر ، والثالث : الموالاة بين الصلاتين الأولى والثانية ، بأن لا يطول الفصل بينهما ، فإن طال عرفا ولو لعذر كنوم ونحوه وجب تأخير الصلاة الثانية إلى وقتها ، ولا يضر في الموالاة بينهما فصل يسير عرفا .

وأما جمع التأخير فيجب فيه أن يكون بنية الجمع ، وتكون هذه النية في وقت الصلاة الأولى ، ويجوز تأخيرها إلى أن يبقى من وقت الأولى زمن لو ابتدئت فيه كانت أداء ، ولا يجب في جمع التأخير ترتيب ولا موالاة ، ولا نية جمع على الصحيح في الثلاثة .

ويجوز للحاضر المقيم في وقت المطر أن يجمع بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء في وقت الصلاة الأولى من كل منهما لا في وقت الثانية ، إذا توفرت الشروط السابق ذكرها في جمع التقديم ، مع توفر شرط وجود المطر في أول الصلاتين ، ولا يكفي وجوده في أثناء الصلاة الأولى منهما ،

ويشترط وجود المطر بين الصلاتين وعند التحلل من الصلاة الأولى ، سواء استمر المطر بعد ذلك أم لا . ويشترط للجمع بالمطر بمن يصلى فى جماعة بمسجد أو غيره يكون بعيدا حسب العرف ، ويتأذى فى الذهاب إليه بالمطر فالموالاة شرط للجمع ، وتكون الموالاة بأن يصلى الصلاة الثانية عقيب الصلاة الأولى بغير فاصل يعد تأخيرا فى العرف ، فإذا فصل بفاصل يعتبره الناس عادة أنه فاصل كبير فإنه يبطل الجمع ، ويصلى الصلاة الثانية فى وقتها ، فالعرف والعادة هما أساس الحكم فى الفاصل الكبير من غيره ، فالعادة محكمة. (1)

(١٠) ــ (والخطبة والجمعة) يشترط فى صحة صلاة الجمعة الموالاة عرفا بين كلمات الخطبة وبين الخطبتين ، وبين الخطبتين وبين الصلاة ، بأن لا يفصل بين كلمات كل خطبة بفاصل كبير عرفا ، ولا بين الخطبة الأولى والثانية بفاصل كبير عرفا ، ولا بين الخطبتين وبين الصلاة بفاصل كبير عرفا ، فلو فرق بين كلمات كل خطبة أو بين الخطبة الأولى والثانية ، أو بين الخطبتين وبين الصلاة بفاصل كبير عرفا ولو لعذر كنوم أو إغماء بطلت الصلاة. (2) ويعيد الخطبة ثم الجمعة ، فطول الفصل وقصره يحكم فيه العرف والعادة ، لأن العادة محكمة.

---

(١) - الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص ٢١٤ ــ ٢١٨

(٢) - الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص ٢٢٨

(١١) ـ (وبين الإيجاب والقبول) من أركان عقد البيع وغيره الصيغة وهي الإيجاب والقبول ، ويشترط في الصيغة أن لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل بكلام أجنبي ، ولا سكوت طويل ، وهو ما يشعر بالإعراض عن القبول ، وأن يتوافق الإيجاب والقبول ولو معنى ، وعدم التعليق للإيجاب أو القبول على شيء ، وعدم التأقيت. (١)

فالفاصل بالسكوت الطويل بين الإيجاب والقبول في العقد يبطله ، والمرجع في اعتباره فاصلا طويلا أو قصيرا للعرف والعادة ، فما يعتبره الناس عادة فاصلا كبيرا كان مبطلا للعقد ، ولابد من إيجاب جديد لبطلان الإيجاب الأول بالفاصل الكبير ، وما يعده الناس في العادة فاصلا قليلا لا يبطل العقد ، ويكون صحيحا مع وجوده ، لعدم تأثيره ، فالحكم في طول الفاصل وقصره هو العادة والعرف ، لأن العادة محكمة.

(١٢) ـ (والسلام ورده) من السنة الكفائية في الإسلام إلقاء السلام ، والرد الفوري عرفا على السلام واجب كفائي ، حتى يسمع من ألقى السلام رد غيره عليه ، لأن هذا من دواعي المحبة والترابط بين المسلمين ، والمرجع في تحديد الفاصل بين إلقاء السلام وبين الرد عليه هو العرف والعادة فإذا عد الناس الفاصل بين السلام ورده فاصلا كبيرا في عرفهم وحسب عاداتهم كان كذلك ، أما إذا عده عرفا فاصلا قليلا ، فلا تأثير له ، فالعرف والعادة قد حددا الفاصل الكثير من الفاصل القليل ، لأن العادة محكمة.

---

(١) ـ الباجوري على ابن قاسم جـ١ ص ٢٥٢

(١٣) ـ (والتأخير المانع من الرد بالعيب). من شروط الرد بالعيب أن يرد المشترى العين المبيعة فور علمه بالعيب ، بحيث لا يفصل بين علمه بالعيب ورده للعين المعيبة بفاصل كبير عرفا ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام على القاعدة الأولى (وهى الضرر يزال) وتحدثنا عن أول فروعها وهو الرد بالعيب . (١)

والمرجع فى تحديد التأخير الكثير الذى يمنع من الرد بالعيب من التأخير القليل الذى لا يمنع من الرد به هو العرف والعادة ، فما يعده الناس عرفا وعادة تأخيرا كثيرا فصل بين وقت علم المشترى بالعيب وبين رد المبيع كان مانعا من الرد بالعيب ، وما يعده الناس عرفا وعادة تأخيرا قليلا لا يؤبه به فهو لا يمنع من الرد بالعيب ، فالعرف والعادة هما اللذان بنى عليهما الحكم ، لأن العادة محكمة .

(١٤) ـ (وفى الشرب وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة ، إقامة له مقام الإذن اللفظى) . الأنهار أو الجداول الخاصة التى يملكها شخص أو أشخاص معينون لو تعارف الناس وجرت عادتهم على أن يشرب الإنسان والحيوان منها فلا يجوز لمالكها ولا لغيره أن يمنع أحدا من أن يشرب أو يسقى دوابه منها ، لأن الناس يتسامحون غالبا فى مثل هذا ، أما الأنهار أو الجداول العامة التى لا يملكها أحد من الناس فيجرى العمل فى السقى للإنسان والماشية على حسب العرف ، فلو تعارف أهل بلد على أن النهر الموجود فى شرقها لشرب الإنسان فقط والنهر الموجود فى غربها

---

(١) ينظر ص ٤١، ٤٢ من هذا الكتاب .

لسقى الماشية فقط فإنه يجب على كل شخص أن يلتزم بهذا العرف ولا يتعداه فالعرف والعادة هما اللذان يحددان كيفية استعمال الجداول والأنهار المملوكة ، لأن العرف والعادة يقومان مقام الإذن اللفظى ، وكذلك بالنسبة للجداول . والأنهار العامة غير المملوكة لأحد ، فالمرجع فى هذا كله إلى العرف والعادة ، لأن العادة محكمة .

(١٥) ــ (وتناول الثمار الساقطة) . جرى العرف والعادة بين الناس على التسامح فى تناول الثمار الساقطة من الأشجار المملوكة لهم ، فإذا تناولها شخص فلا يؤاخذ ، لتساهل الجميع فى ذلك ، فلو سقطت ثمار الرطب أو البرتقال أو غيرها من أشجارها فتناولها أى شخص فى حدود المتعارف كان هذا مباحا له عرفا ، لأن العادة محكمة ، والناس قد تعودوا على ذلك .

(١٦) ــ (وفى إحراز المال المسروق) . السرقة لغة : هى أخذ الشىء خفية ، وشرعا : أخذ المال خفية ظلما من حرز مثله ، وتقطع يد السارق بشروط : هى أن يكون السارق بالغا عاقلا ، وأن يسرق نصابا قيمته ربع دينار من حرز مثله ، ولا يكون للسارق ملك فيه ولا شبهة له فى مال المسروق منه . (١)

فلا بد من بلوغ المال المسروق نصابا وأن يكون السارق البالغ العاقل قد سرقه من حرز مثله ، وقد تعارف الناس وجرت عاداتهم على أن لكل مال معين حرزا يحفظ فيه ويكون خاصا به ، فالذى يحدد الحرز لكل مال مسروق هو العرف والعادة ، لأن العادة محكمة .

---

١) الباجورى على ابن قاسم جـ٢ ص٢٤٧ ــ ٢٥٠

(١٧)ـ(وفى المعاطاة ، على ما اختاره النووى). الأصل فى عقد البيع أن يكون بإيجاب وقبول ، والمعاطاة هى أخذ الشىء من صاحبه وإعطائه البدل بدون تلفظ بإيجاب أو قبول ، وهذه قد اختلف فيها العلماء ، فقال بعضهم : يجوز التعامل بالمعاطاة فى الأشياء البسيطة التى يتساهل الناس فى التعامل بها ، مثل شراء صحيفة من الصحف محددة السعر ، أو عدد من أرغفة الخبز معلومة الثمن أو نحو ذلك ، لجريان العرف بذلك .

وقال البعض : يجوز التعامل بالمعاطاة فى كل شىء عظيم أو حقير ، لأن إلزام الناس بصيغة للعقد قد يكون فيه بعض المشقات ، وجرى عرف الناس على التعامل بذلك ، والعادة محكمة .

وقال آخرون : لا يجوز التعامل بالمعاطاة مطلقا ، لا فى الشىء العظيم ولا فى الشىء الحقير ، لأن هذا على خلاف الأصل فى البيع والشراء ، لأنه لابد من أن يكون عن تراض ، لقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١) والذى يدل على التراضى هو صيغة الإيجاب والقبول من المتعاقدين ، وقد جرى العرف وعادات الناس على هذا والعادة محكمة .

(١٨)ـ(وفى عمل الصناع ، على ما استحسن الرافعى). إذا جرت عادة صانع كخياط أن يعمل بالأجر ، فدفع إليه شخص ثوبا ليخيطه له ، ولم يذكر أجرا مطلقا ، فهل تنزل عادة الخياط بالعمل بالأجر منزلة اشتراط الأجر ، ويستحق الأجر المعتاد له من صاحب الثوب ، اختلف فى هذا على عدة وجوه كما يلى :

(١) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء .

الأصح فى المذهب الشافعى أن الخياط لا يستحق أجرا ، لأن الصانع لم يذكر أجرا عن عمله ، مع أن هذا العمل له قيمة لو قام به غيره ، فقد رضى بالعمل بدون أجر ، وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفة .

ومقابل الأصح الصحيح : وهو أن الخياط يستحق الأجر المعتاد له واستحسن الرافعى هذا وقال الإمام أحمد بن حنبل : يستحق الأجر مطلقا .

وقال أبو يوسف من الأحناف : إن كان صاحب الثوب يتعامل دائما مع الخياط استحق الأجر ، وإذا لم يكن قد سبق له التعامل معه فلا يستحق .

وقال محمد من الأحناف : إن كان الخياط معروفا بأنه يقوم بصناعة الملابس وخياطتها بالأجر فإنه يكون له الأجر المعتاد لقيام العادة مقام القول ، والفتوى فى مذهب الأحناف على رأى محمد ، فعلى ما استحسنه الرافعى من استحقاق الخياط الأجر لاعتياده ، ذلك فقد جعل العادة هى المحكمة .

(١٩) ــ (وفى وجوب السرج والإكاف فى استئجار دابة للركوب) إذا وجد عرف ، وجرت العادة بأن السرج الذى يوضع على ظهر الفرس أو الإكاف الذى يوضع على ظهر الحمار يحضره من يؤجر الفرس أو الحمار للركوب ، فإنه يجب عليه إحضاره مع الفرس أو الحمار إذا أجره للغير للركوب ، والإكاف من حق المستأجر فسخ العقد بينهما . أما إن كانت العادة قد جرت بأنهما على المستأجر ، فإنه لا يجوز له أن يلزم بهما المؤجر ، لأن العرف والعادة هما اللذان يحددان ، والعادة محكمة .

(٢٠) ـ (والحبر والخيط والكحل على من جرت العادة بكونها عليه) .

إذا جرت العادة بأن الكاتب بأجر هو الذى يحضر الحبر وأدوات الكتابة فإنه يلزم بها لجريان العرف والعادة ، أما إذا كان العرف بأن صاحب المكتوب هو الذى يحضر ذلك فلا يلزم به الكاتب ، وكذلك إذا جرت العادة بأن الخياط هو الذى يحضر الخيط وأدوات الخياطة فإنه يلزم بها لجريان العرف والعادة بذلك ، أما إذا كان العرف يقضى بأن صاحب الثوب هو الذى يحضر ذلك فلا يلزم بها الخياط ، كذلك إذا جرى العرف والعادة على أن الكحل يكون على الكحال فإنه يلزم به للعرف ، وإن كان العرف على أن المكتحل هو الذى يحضره فلا يلزم به الكحال .

فالعرف والعادة هما المحكمان فى كل هذا ، لأن العادة محكمة .

(٢١) ـ (وفى الاستيلاء فى الغصب) الغصب فى اللغة : هو أخذ الشيء قهرا وظلما .(١)

وشرعا : هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، ويرجع فى الاستيلاء للعرف فالاستيلاء على الدابة قد يكون بركوبها أو سحبها ، أو إدخالها بيته ، والاستيلاء على الفراش المبسوط على الأرض قد يكون بالجلوس عليه أو بنقله إلى مكان آخر ، وهكذا نجد العرف والعادة يحددان متى يكون الغاصب مستوليا على المغصوب حتى يتم تضمينه له ، والمرجع فى كل هذا للعادة لأن العادة محكمة .

---

١) مختار الصحاح ـ باب الغين (غصب) والمصباح المنير جـ٢ ص٦٨٧ العين والصاد ر وما يثلثهما (غصب)

(٢٢) ـ (وفي رد ظرف الهدية وعدمه) ظرف الهدية هو مايوضع في داخله الهدية لتصل إلى المُهْدَى إليه ، وهذا الظرف إما أن يكون شيئاً ثميناً له قيمة جرت العادة بين الناس أن يرده المهدَى إليه بعد أن يأخذ الهدية ، مثل آنية من نحاس أو معدن بها طعام مهدَى لشخص فإنه يرد الإناء للمهدِي ، لأن العادة جرت بذلك ، وإما أن يكون الظرف لاقيمة له ، وجرت العادة بعدم رده كورقة لفت حول هدية ثمينة أهديت لشخص فإن هذه الورقة لاقيمة لها فلا يردها بعد أن يأخذ الهدية وبهذا يظهر أن العرف والعادة يحددان متى يرد الظرف المعبأ به الهدية ومتى لايرد ، والعادة محكمة .

(٢٣) ـ (وفي وزن أو كيل ماجهل حاله في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد المبيع) ماجهل حاله على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم من الأشياء ، ولا نعلم هل كان يكال في عهده صلى الله عليه وسلم أم كان يوزن ، فإننا نرجع فيه إلى مااعتاده أهل البلد الموجود فيه الشيء المبيع ، وهذا هو الأصح ، لأنه مادام قد جهل وضعه فإن العرف والعادة يحددانه في البلد الموجود به المبيع لأن العادة محكمة .

(٢٤) ـ (وفي إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا) قد جرى عرف الناس ، وتعودوا على إرسال المواشي في النهار ، وحفظها في الليل فلو أكلت شيئاً بالنهار مملوكا لغير صاحبها ، فلا ضمان على صاحبها لأن صاحب الزرع هو المقصر في الحفظ ، والمعروف أن المواشي بالنهار مرسلة ، فكان الواجب على صاحب الزرع أن يقوم بحراسة زرعه ، أما إذا خرجت بالليل وأكلت من زرع غير مالكها فإن صاحبها يضمن ، لعدم التقصير

فى الحراسة من صاحب الزرع ، حيث إن المواشى فى الليل غير مرسلة ومحفوظة فى أماكنها بالبيوت .

أما إذا اطردت عادة بعكس ما سبق فى بلد من البلدان اعتبرت العادة ، لأن العادة محكمة .

(٢٥) — (وفى صوم يوم الشك لمن له عادة) فإن من يعتاد صيام أيام محددة كل شهر أو كل أسبوع مثل صيام يومى الاثنين والخميس ، فتصادف أن يوم الشك جاء فى أحد اليومين المعتاد صومه لهما ، فإنه يصومه تبعا لعادته ، ويكون صيامه لهذا اليوم جريا على عادته وليس لأنه يوم الشك ، فكانت العادة محكمة .

(٢٦) —(وفى قبول القاضى الهدية ممن له عادة) بأن يكون قد اعتاد أن يهدى لغيره فى كل مناسبة من المناسبات ثم عين المهدى إليه فى القضاء فإنه يجوز له أن يستمر فى إهدائه له كعادته بعد أن يتولى القضاء ، ولا حرج فى ذلك على أن لا يزيد عن القدر الذى كان يهديه إليه قبل توليه القضاء لأن الزيادة محرمة يجب ردها ، لأنه يهديه الآن جريا على عادته معه قبل تولية القضاء وليس لأنه قد تولى القضاء الآن أما إذا لم يكن له عادة بإهدائه قبل توليه القضاء فيحرم عليه الإهداء له ، لأنها الآن للقضاء لا للعادة ، وبهذا نجد أن العرف والعادة يحددان حل أوحرمة الهدية للقاضى ، والعادة محكمة .

(٢٧) —(وفى القبض والإقباض) يختلف القبض فى البيع إذا كان المبيع عقارا أو منقولا ، فتسليم المبيع إذا كان بيتا مثلا يتم بأن يخلى البائع البيت من أمتعته الخاصة به ، وبهذا يكون القبض قد تم للمشترى ، وهذا مبنى على العرف قديما ، إلا أن هذا العرف السابق قد تغير ، وأصبح

القبض يتم عرفا بمجرد كتابة عقد البيع للمنزل أما إن كان المبيع منقـولا فإنه يتم قبضه بما يحكم به العرف فيه ، وما جرى في المبيع يجرى فـي الثمن إن كان عقارا أو منقولا ، وبهذا يظهر أن العرف والعادة يحددان كيفية قبض المبيع أو الثمن سواء كان كل منهما عقارا أم منقولا ، لأن العـادة محكمـة .

(٢٨) ــ(ودخول الحمام ودور القضاة والولاة) يختلف عرف البـلاد بالنسبة لدخول الحمام ، فبعض البلاد يجرى العرف فيها على أنه لابـد من الاستئذان ودفع الأجر مقدما ، وبعضها يجرى العرف فيه على الدخول بدون إذن ودفع الأجر بعد الانتهاء من الاستحمام ، فعرف كل بلد يجرى عليه العمل فيها عند دخول الحمام ، فلا يصح في بلد يجرى عرف أهلـه على الاستئذان قبل الدخول ودفع الأجر قبل الاستحمام أن يدخـل إنسان بدون استئذان ولا دفع للأجر مقدما ، لأن العرف والعادة تقضى بذلك ، والعادة محكمـة .

وكذلك جرى العرف والعادة في دور القضاة والولاة أن يوجد حاجـب يمنع دخول أي شخص إلا بعد الاستئذان والسماح له بالدخول ، فلا يصح لأحد أن يدخل دار القضاء أو مكان الوالي إلا بعد الاستئذان والسماح له بالدخول .

لوجود العرف والعادة بذلك ، والعادة محكمة .

(٢٩) ــ(والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ) . الأصل أن الإنسان لا يحـل له أن يأخذ شيئا من ملك غيره إلا بإذنه إما عن طريق التبادل بيعا أو شراء ، وإما عن طريق هبة أو صدقة أو نحو ذلك ، وكذلك يبـاح للإنسان ان يأكل من طعام يقدمه له غيره ويأذن له في تناوله ، فـإذا

قدمه له لكن لم يأذن له في تناوله باللفظ ، فإن العرف يقضي بأن هذا يعتبر إذنا ضمنا ، ويقوم مقام الإذن باللفظ ، لأن تقديم الطعام للضيف كأن صاحبه حين قدمه له قد أذن له في تناوله ، وهذا إذا لم يتم باللفظ فإن تقديمه له دليل على رضاه بتناوله ، ويقوم مقام الإذن باللفظ ، لأن العرف والعادة يجريان على هذا ، والعادة محكمة والضيف لا يملك الطعام المقدم له إلا بعد وضعه في فمه ، أما قبل ذلك فهو مباح له .

(٣٠)ـ(وفي المسابقة والمناضلة اذا كانت للرماة عادة في مسافة ينزل المطلق عليها)، المسابقة على الخيل والبغال والإبل والفيلة والحمير تصح سواء كانت بعوض أم بغير عوض، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا سبق إلا في خف أو حافر) فإذا كان هناك اتفاق بين المتسابقين على مسافة محددة للوصول إلى نهايتها فإنهم يلتزمون بها جميعا للنص عليها ، أما إذا لم يحددوا مسافة ، وكانت مطلقة ، وجرى العرف والعادة على مسافة معينة من يصل إليها يكون قد سبق غيره ، فإنهما تقيد إطلاق المسافة وتحددها ، ويكون العرف والعادة هما اللذان يرجع إليهما في تحديد المسافة ، حيث لا اتفاق على مسافة معينة بينهما والعادة محكمة .

(٣١)ـ(وفيما إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ، ولم يجر بينهما شرط ، فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط)، المبارزة كانت عادة من عادات العرب في الحروب ، بأن يخرج من كل جيش من الجيشين المتحاربين رجل جلد قوي يبارز رجلا آخر من الجيش المقاتل ، وكان هذا النظام موجوداً حتى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وقد جرى العرف

والعادة أن من يخرج للمبارزة من كلا الفريقين يكون فى أمان ، مع أنهم لم يكونوا يشترطون هذا الأمان . ومادام العرف والعادة قد جرى على أمان المبارز ، فإنه يكون آمنا ولو بدون اشتراط الأمان له ، لأن العادة محكمة ، وهذا على الأصح .

ومقابل الأصح هو الصحيح ، وأن العادة لاتنزل منزلة الشرط ، ومادام الأمان غير مشروط ، فيجوز قتل المبارز ، ولوكان العرف يقضى بعدم قتله .

ولكن يُرَد على هذا الرأى بأن هذا لايليق بالخلق الإسلامى ، ولا ينبغى أن يفعله المسلمون، والمبارزة إذا طلبها الكفار من المسلمين ، فإن كان بين المسلمين من يقوى عليها استحب الخروج لمبارزتهم ، حتى لايظنوا الضعف بالمسلمين ، ولأن فينا من يقوى على مبارزتهم . أما إذا لم يوجد بين صفوف المسلمين من يقوى على مبارزة من طلبها من الكفار فإنها لاتكون مستحبة ، حتى لايتعرض المبارز من المسلمين للقتل ، فيقوى جانب الكفار ، لأن مبارزهم قد قتل مبارزنا ، ويضعف جانب المسلمين ، لقتل مبارزنا فيدخل الرعب فى قلوب أفراد المحاربين من المسلمين ولذلك قال العلماء إن المبارزة لاتتم إلابعد إذن الإمام بها ، فإذا تمت بدون إذنه فتكون مكروهة .

(٣٢) ـ (وفى ألفاظ الواقف والموصى ، وفى الأيمان وسيأتى ذكر أمثلة من ذلك) صيغ الوقف والوصية والأيمان وأمثالها يرجع فى معرفة معانيها إلى العرف والعادة ، لأن بعض ألفاظها قد يكون لها معنى لغوى معين أولها معنى فى اصطلاح الفقهاء أو غيرهم ، ولكن هذه الألفاظ يجرى العرف والعادة بين الناس على معان أخرى لكل منها خلاف المعنى

اللغوى أو الاصطلاحى ،فإذا أردنا معرفة معانيها فإننا نرجع إلى العرف والعادة ،لنعرف المقصود من كل منها ، فمثلا قد ينص الواقف فى حجة الوقف على الجهة الموقوف عليها بقوله: أوقفت كذا على أهل السنة فهل يقصد بهم أهل السنة الذين هم غير الشيعة ، أو يريد بهم من يعرفون الحديث رواية ودراية ، أو رواية فقط أو دراية فقط ، والذى يحدد المعنى المقصود من كل ذلك هو العرف والعادة ، ما دام الواقف لم يحدد المراد من اللفظ المكتوب ، والعادة محكمة .

ولو قال الموصى : أوصيت للمشايخ بكذا ، فمَنْ المقصود بهم ، ما دام لم يحدد بنفسه ، ترجع فى تحديدهم للعرف والعادة ، لأن العادة محكمة .

ولو حلف إنسان بالله أن لا يأكل لحما ، فأكل سمكا ، فهل يكون حانثا فى يمينه ، لأن الله تعالى قد سمى السمك لحما فى قوله تعالى (وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا) (١) ويكون عليه كفارة اليمين. ولكن إذا رجعنا إلى العرف والعادة وجدنا أن السمك لا يسمى لحما ،بل اللحم يطلق على غيره وأن الحالف حينما يحلف أن لا يأكل لحما لا يتطرق إلى ذهنه أنه يحلف على أن لا ياكل سمكا ، فيكون التحديد لمعنى اللحم للعرف والعادة ، لأن العادة محكمة .

---

(١) الآية رقم ١٤ من سورة النحل

إنما تعتبر العادة إذا اطـــردت

قال السيوطي : (إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف) ، أي إن العـــادة تكون محكمة إذا اطردت وعمت وسادت ، ولا يطرأ عليها تخلف ولا رجـــوع فإن اضطربت وتخلفت فلا تعتبر محكمة ، لعدم اطرادها ، ولابد من النص لأن العادة حينئذ غير محكمـــة .

فإن اختلفت الظنون وتعارضت في كونها مطردة فتكون محكمة ، أو مضطربة فلا تكون محكمة ، فقد اختلف العلماء في حكمها ، فقال بعضهم تعتبر محكمة ، ويترتب الحكم عليها ، نظرا لجانب ظن الاطراد ، وقـــال بعضهم ، لا تعتبر محكمة ، ولا يترتب عليها الحكم ، نظرا لجانـــــب ظـــن الاضطراب ، وعدم الاطراد .

قال السيوطي : (وقال الإمام في باب الأصول والثمار ، كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ما تعـــارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف) ، قول الإمام كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم ، ومضمره كالمذكـــــور صريحا) أي إن العقود المطلقة التي لم ينص فيها على شيء قد جرى فيه العرف والعادة على تصرف معين فإنه يرجع إلى العرف والعادة في تحديده حيث لا نص في العقد يلزم المتعاقدين ، وقد جرى العرف والعادة علـــى تصرف محدد فيما لم ينص عليه في العقد ، لأن المعروف عرفا كالمشـــــروط شرطا ، ولأن العادة محكمـــة .

قوله (وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف) أي إن ما تعارضت فيه الظنون واختلفت في اطراده او اضطرابه هل هو من العادة فيكون محكما ، أم من غيرها فلا يكون محكما فقد اختلف فيه العلماء ، كما سبق بيانه .

قال : (وفي ذلك فروع ، منها : باع شيئا بدراهم واطلق ، نزل على النقد الغالب ، فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان ، والا يبطل البيع)

اي في اطراد العادة واضطرابها فروع ومسائل منها مايلي :

(١) — (باع شيئا بدراهم ، وأطلق .. الخ) أي إذا باع إنسان شيئا وكان الثمن دراهم مطلقة ، غير محددة الصفة ، وكان العرف والعادة أن النقد الغالب والذي يجري به التعامل محدد الصفة ، فإن الثمن المطلق ينصرف إلى مايجري به التعامل في العرف والعادة ، فإذا لم تطرد العادة على نقد محدد واضطربت في بلد التعامل فإنه يجب بيان صفة الدراهم ، وتحديدها وتعيينها ، فإذا لم يتم تحديد الدراهم وكانت مجملة ، فإن البيع يبطل ، للجهل بالثمن ، ولأن إجماله يحتاج إلى بيان ، وليس هناك بيان لا من المتعاقدين ، ولا من العرف فيبطل العقد .

(٢) — (ومنها : غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه ، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد) . أي إذا جرت العادة والعرف على التعامل بجنس من العروض غير النقد ليكون ثمنا عند البيع أو الشراء ، أو نوع منه ، ثم اشترى إنسان من آخر ، ولم يحدد جنس الثمن أو نوعه فإنه ينصرف إلى ماجرى عليه العرف والعادة للإطلاق ، في الأصح مثل النقد ، لأن العادة مطردة ، سواء تعلقت بالجنس أو النوع ، لأن العروض

إذا وقعت أثمانا ولم يحدد المتبايعان الثمن ، فإنه يحكم العرف

الغالب فى العروض كما يحكم فى النقد .

ويقابل الأصح الصحيح : وهو القول بأنه لا يحكم، ولكن لابد من البيان، لوجود

فرق بين المقيس وهو العروض والمقيس عليه وهو النقود ، حيث إن التعامل

فى العروض على أنها أثمان نادر ، ولم يعهد فيها عرف متبع

أما النقود فالعرف فيها متفق بين الجميع على أنها أثمان . ولكن

هذا إنما يكون فى بلد لم يجر العرف فيه على أن العروض تنزل

منزلة النقد فى كونها أثمانا .

(٣) ـ (ومنها : استأجر للخياطة والنسخ والكحل و الخيط والحبر والكحل على من ؟ خلاف ، صحح الرافعى فى الشرح الرجوع فيه

إلى العادة ، فإن اضطربت وجب البيان ، وإلا فتبطل

الإجارة) . أى إذا استأجر إنسان خياطا ليخيط له

ثوبا ، أو نساخا لينسخ له كتابا ، أو كحالا ليضع له الكحل

فى عينيه ، ولم يحدد على من يكون الخيط أو الحبر أو الكحل

فإن وجدت عادة مطردة فانه يرجع إليها فى تحديد

من يكون عليه منهما ، وقد صحح هذا الرافعى ، فإذا

اضطربت العادة فإنه يجب البيان من المتعاقدين .

لاضطراب العادة ، فإذا لم يتم البيان فإن الإجارة تكون باطلة

لوجود الإجمال فيمن يكون عليه الخيط أو الحبر أو الكحل

وهذا الإجمال يحتاج إلى بيان ، حتى يزول اللبس

ولم يحدث بيان فيبطل العقد .

(٤) ـ (ومنها : البطالة في المدارس، سئل عنها ابن الصلاح فأجاب : بأن ماوقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق ، حيث لا نص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال في المدة المذكورة، ومايقع منها قبلهما يمنع لأنه ليس فيها عرف مستمر ، ولا وجود لها قطعا في أكثر المدارس والأماكن ، فإن سبق بها عرف في بعض البلاد واشتهر غير مضطرب ، فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف ، في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام . والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة) .

المراد استحقاق طلاب العلم من الأموال الموقوفة عليهم في أيام البطالة التي تغلق فيها المدارس إذا لم يوجد نص من الواقف ، فقد قال ابن الصلاح بأن العرف قد جرى على أن البطالة التي تكون في شهر رمضان ونصف شعبان لا تمنع من استحقاقهم ، لأنه لا نص من الواقف يشترط اشتغالهم في المدة المذكورة ، وما يقع من البطالة قبلها يمنع استحقاقهم لأنه لا يوجد عرف مستمر باستحقاقهم فيها ، فإن وجد عرف سابق واشتهر في بعض البلاد ، وكان مطردا وليس مضطربا ، فهل يجري هذا العرف على ذلك البلد ، ففي هذا خلاف لأنه هل ينزل العرف الخاص منزلة العرف العام في تأثيره ، والظاهر أنه ينزل منزلته ، فيستحق الطلاب من المال الموقوف حينئذ ، للعرف السائد .

(٥) ـ (ومنها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ، ولا يعلم مراد الواقف فيها ، هل يدرس فيها علم الحديث ، الـذى هو معرفة المصطلح ، كمختصر ابن الصلاح ، ونحوه ، أو يقرأ متـن الحديثين كالبخارى ومسلم ، ونحوهما ، ويتكلـم على ما فى الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختـلاف كما هو عرف الناس الآن ، وهو شرط المدرسة الشيخونيـة كما رأيته فى شرط واقفها ، وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقى عن ذلك ، فأجاب : بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون فى الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس فى بعض الأوقات بخلاف المصريين ، فإن العادة جرت بينهم فى هذه الأعصار بالجمع بين الأمريـن بحسب ما يقرأ فيه من الحديث) .

المدارس التى يوقفها أصحابها على دراسة الحديث ، ولـم ينص الواقف على مراده من درس الحديث ، هل يقصد بـه علم (مصطلح الحديث) أو (قراءة متن الأحاديث) كالبخارى ومسلم ونحوها ، مع معرفة ما فى كل حديث من فقه وغريب ولغـة ونحو ذلك ، وقد سأل ابن حجر شيخه أبا الفضل العراقـى فى هذا فقال : إن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، ما دام قـد

نصوا عليها ، كما فى المدرسة الشيخونية التى نص واقفها على دراسة أحكام الفقه من الأحاديث والغريب واللغة والمشكل والاختلاف ، لأن الواقفين يختلفون فى شروطهم ، فبعضهم ينص فى وقفه بأنه أوقف كذا على من يدرسون الحديث رواية ، وبعضهم ينص فى وقفه أنه لأهل الحديث دراية ، فإذا لم يوجد نص من الواقف ، فإن المرجع فى التحديد حينئذ يكون اصطلاح وعرف أهل كل بلد ، وعادتهم التى يتبعونها فى دروسهم بالنسبة للحديث مادام عرفا مطردا ، وعادة مستمرة ، فإذا لم تكن العادة مطردة ، وكانت مضطربة ، فإنه يجب البيان بالنص على المراد ، حيث لا توجد عادة مطردة يمكن الرجوع إليها .

تعارض العرف مع الشرع

قال السيوطي : (هو نوعان : أحدهما أن لا يتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحما .)

التعارض هنا معناه : أن كل واحد من العرف والشرع يمنع نفوذ الآخر ويعترضه ، [1] ويكون باختلاف المقتضى لكل منهما ، فما يقتضيه العرف يختلف عما يقتضيه الشرع ، فلا يلتقيان في المقتضى .

وتعارض العرف مع الشرع على نوعين . الأول : أن يتعارض العرف مع الشرع ، ولم يكن الشرع قد تعلق به حكم وتكليف فإنه يقدم عرف الاستعمال على الدليل الشرعي كما فيما يلي :ـ

(١) إذا حلف إنسان أن لا يأكل لحما فأكل سمكا لم يحنث في يمينه ، مع أن الله تعالى قد سماه لحما في قوله تعالى (وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا) ، [2] لأن القرآن الكريم حين سماه لحما لم يجعل التسمية مرتبطة بحكم ، والعرف لا يطلق على السمك اسم اللحم ، فأصبح العرف الآن يتعارض مع نص القرآن في تسمية السمك لحما ، فيقدم العرف ، لأن القرآن الكريم لم يربط التسمية بحكم ، فلا يحنث الحالف حينئذ .

---

(١) المصباح المنير جـ١ ص٦١٦ـ العين والراء وما يثلثهما (عرض) .
(٢) الآية رقم ١٤ من سورة النحل .

(٢) - (أولا يجلس على بساط ، أو تحت سقف ، أو فى ضوء سراج ، لم يحنث بالجلوس على الأرض ، وإن سماها الله بساطا ، ولا تحت السماء ، وإن سماها الله سقفا ، ولا فى الشمس ، وإن سماها الله سراجا) أى إذا حلف إنسان أن لا يجلس على بساط فجلس على الأرض لم يحنث مع أن الله تعالى سماها فى القرآن الكريم بساطا فى قوله تعالى (والله جعل لكم الأرض بساطا) (١) وكذلك لو حلف أن لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء لا يحنث ، مع أن الله تعالى سماها سقفا فى قوله تعالى (وجعلنا السماء سقفا محفوظا) (٢) وكذلك لو حلف لا يجلس فى ضوء سراج ، فجلس فى ضوء الشمس لا يحنث ، مع أن الله تعالى قد سماها فى القرآن الكريم سراجا فى قوله تعالى : (ألم تروا كيف خلق الله سبع سموات طباقا وجعل القمر فيهن نورا وجعل الشمس سراجا) . (٣)

وإنما لم يحنث فى كل ذلك ، لأن إطلاق اسم البساط على الأرض والسقف على السماء والسراج على الشمس فى القرآن الكريم لم يتعلق به حكم وتكليف ، وقد تعارض معه استعمال العرف فى كل هذه الألفاظ ، فيقدم استعمال العرف ، لأن العادة محكمة .

---

(١) الآية رقم ١٩ من سورة نوح .
(٢) الآية رقم ٣٢ من سورة الانبياء .
(٣) الآية رقم ١٥ ، ١٦ من سورة نوح .

(٣) (أولا يضع رأسه على وتد ، لم يحنث بوضعها على جبل) .
أى إذا حلف إنسان على أن لا يضع رأسه على وتد ، فوضعها على جبل فإنه لا يحنث ،مع أن الله تعالى قد سمى الجبال أوتادا فى قوله تعالى : (ألم نجعل الأرض مهادا والجبال أوتادا) ، [1] لأنه حينما أطلق عليها اسم الوتد لم يعلق على التسمية حكما أو تكليفا ، فالتسمية عارية عن الحكم والتكليف ،والعرف لا يسمى الجبال أوتادا ، فتعارض العرف مع الشرع فى التسمية ، فيقدم العرف ، لأن العادة محكمة .

(٤) (أولا يأكل ميتة أو دما ، لم يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال ،فقدم العرف فى جميع ذلك ، لأنهما استعملت فى الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف) أى إذا حلف إنسان على أن لا يأكل ميتة فأكل سمكا أو جرادا لم يحنث مع أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد سمى كلا منهما ميتة ، وكذلك لوحلف لا يأكل دما فأكل كبدا أو طحالا لم يحنث ، مع أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد سمى كلا منهما دما فى قوله عليه السلام (أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال) . لأن هذه التسمية الشرعية لم يتعلق بها حكم وتكليف ، وهى تعارض العرف فى الاستعمال حيث لم يجز العرف ،ولم تجر العادة بتسمية السمك والجراد ميتة ، ولا بتسمية الكبد والطحال دما ، فيقدم العرف والعادة فى الاستعمال على التسمية الشرعية التى لم يتعلق بها حكم وتكليف لأن العادة محكمة .

---

(١) الآية رقم ٦ ، ٧ من سورة النبأ .

والثاني : (أن يتعلق به حكم ، فيقدم على عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يصلي ، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أو لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك ، أو لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء) النوع الثاني من التعارض أن يتعلق بالشرع حكم شرعي ، فإنه يقدم على عرف الاستعمال، مثل:

(١)- ما اذا حلف شخص أن لا يصلي ، فإنه لا يحنث إلا بفعل الصلاة ذات الركوع والسجود ، لأن الصلاة معناها في الشرع أقوال وأفعال مخصوصة ، مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم ، وقد تعلق بها حكم شرعي وهو فرضها خمس مرات في كل يوم وليلة ، وعلى هذا فلا يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، وهو الصلاة المفروضة على المسلمين ، فلو صلى صلاة غيرها لا يحنث مثل صلاة النصارى.

(٢)- وكذلك لو حلف شخص أن لا يصوم فأمسك عن غير الطعام والشراب والجماع لم يحنث ، لأن هذا إمساك مطلق ، وإنما يحنث إذا حقق الصوم الشرعي بالإمساك عن الطعام والشراب والجماع ، لتعلق الحكم الشرعي بالصيام ، فلا يحنث الحالف إلا بتحقيقه .

(٣)- وكذلك لو حلف لا ينكح فقد قال الشافعية : يحنث بالعقد لا بالوطء ، لأن النكاح عندهم حقيقة شرعية في العقد فيحنث به ، ولا يحنث بالوطء ، لأنه مجاز في العقد ، وعلى هذا فلو حلف لا ينكح ثم عقد ووطأ فإن الحنث عند الشافعية يكون مترتبا على العقد ، لأنه هو الحقيقة ، أما إرادة الوطء فهي مجاز .

أما الأحناف فإنهم يقولون بعكس الشافعية ، فالنكاح عندهم حقيقة في الوطء مجاز في العقد . وقال البعض: إن النكاح يطلق على الوطء وعلى العقد فهو من المشترك اللفظي .

وهذا كله بالنسبة لغير المتزوج فأما المتزوج فإن كلامه يحمل على الوطء حيث إنه قد عقد وتزوج .

(٤) (أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها ، وعلمت به طلقت حملا له على الشرع فإنها فيه بمعنى العلم ، لقوله (إذا رأيتموه فصوموا) أي إذا قال الزوج لزوجته : إن رأيت الهلال ... الخ) وإنما طلقت مع أنها لم تر الهلال وإنما رآه غيرها ، لأن الرؤية في الشرع ليست بصرية ، وإنما هي علمية فهي بمعنى العلم ، لأنها لو كانت بصرية لما وجب الصيام إلا على من يرى الهلال ببصره فقط ولا يجب على من لم يره ببصره ، مع أن هذا مخالف للإجماع حيث يجب الصيام على من يرى الهلال ببصره وعلى كل من أُخبر بالرؤية ، وعلى هذا فيقدم المعنى الشرعي ، لأنه عرف أهل الشرع .

قال : (ولو كان اللفظ يقتضي العموم ، والشرع يقتضي التخصيص ، اعتبر خصوص الشرع في الأصح) إذا كان اللفظ عاما يتناول ما تعلق به حكم شرعي وما لم يتعلق به حكم شرعي ، وكان للشارع في اللفظ العام استعمال خاص بنوع فالمعتبر حينئذ خصوص الشرع في الأصح .

ومقابله الصحيح : وهو القول بعموم اللفظ فيحنث الحالف مطلقا ، لعموم اللفظ ، كما يلى :

(١) (فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالميتة) لأن اللحم يطلق عامة على كل لحم يؤكل أولا يؤكل ، إلا أن الشرع خصه بالمأكول ، والمزكى يؤكل لأنه حلال بخلاف غير المزكى فهو محرم ولا يؤكل ، فيكون الشرع قد خصص عموم اللفظ فيقدم على العرف اللغوى على الأصح .

وفى الرأى المقابل : يحنث عملا بعموم اللفظ

(٢) (أولا يطأ لم يحنث بالوطء فى الدبر على ما رجحه فى كتاب الأيمان) لأن حقيقة الوطء فى الشرع إنما تكون فى القبل لا فى الدبر مع أن اللغة تعتبر أن الوطء يتحقق فى الدبر والقبل سواء فقد خصص الشرع عموم اللفظ ، فيقدم على العرف اللغوى على الاصح .

وفى الرأى المقابل : : يحنث عملا بعموم اللفظ .

وعلى هذا فلو طلقت المرأة ثلاثا على الرأى الأول لا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن يطأها زوجها الذى تزوجته بعد انقضاء عدتها من المطلق فى القبل فإذا وطئها فى الدبر فلا تحل للأول ، أما على القول الثانى فإنها تحل للأول إذا وطئها الثانى فى القبل أو الدبر .

(٣) (أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملا بتخصيص الشرع ، إذ لا وصية لوارث) فالأقارب تطلق على كل قريب يرث أولا يرث فى العرف اللغوى ، ولكن لما كان الشرع قد منع الوصية للوارث بقوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية لوارث) فقد خصص المستحقين للوصية

من الأقارب بغير الورثة شرعا فيكون الشرع قد خصص عموم اللفظ ، فيقدم على العرف اللغوى .

(٤) (أو حلف لا يشرب ماء ، لم يحنث بالمتغير كثيرا بزعفران ونحوه) . الماء فى اللغة يتناول كل ماء تغير أم لم يتغير ، وقد خص الشرع الماء بالمطلق الذى لم يتغير ، أو الذى تغير تغيرا لا يمنع من إطلاق اسم الماء عليه ، فإذا تغير الماء تغيرا كثيرا لا يحنث الحالف بشربه ، لأنه لا يسمى ماء شرعا ، وكذلك لو كان الماء متنجسا لأنه لا يسمى ماء شرعا .

تعارض العرف مع اللغة

قال السيوطى : (حكى صاحب الكافى وجهين فى المُقَدَّم : أحدهما : وإليه ذهب القاضى حسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى . الثانى : وعليه البغوى : الدلالة العرفية ، لأن العرف يُحَكَّم فى التصرفات سيما فى الأيمان) .

معنى هذا أن صاحب الكافى حكى رأيين عند تعارض العرف مع اللغة فى أيهما يقدم على الآخر .

الرأى الأول :

أن تقدم الحقيقة اللفظية ، وهى التى تعين المعنى لكل لفظ ، عملا بالوضع اللغوى ، لأن اللغة تهتم بمعانى المفردات ، وقواعد النحو والصرف يهتمان بتركيب الجمل ، وهذا الرأى قال به القاضى حسين .

الرأى الثانى :

أن تقدم دلالة العرف حيث إن العرف يحكَّم فى التصرفات من بيع وإيجار ونحو ذلك ، وخاصة فى الأيمان ، وقد قال الأحناف والمالكية بتقديم العرف مطلقا ، وبهذا قال البغوى " (فلو دخل دار صديقه ، فقدم إليه طعاما فامتنع فقال : إن لم تأكل فامرأتى طالق ، فخرج ولم يأكل ثم قدم اليوم الثانى فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث ، وعلى الثانى يحنث) ، من قال بأن اللغة تقدم على العرف قال فى المسألة السابقة : إن الطلاق لا يقع ، لأن أدوات الشرط التى تستعمل مع النفى تكون للفورية . ماعدا حرف (إن) فهو ليس للفور ، لأنها لا تفيد الزمن مطلقا بخلاف (إذا) فهى تفيد الزمان ، ولذلك لو قال له : إذا لم تأكل فامرأتى طالق فأكل غدا فإن الطلاق يقع لغة وعرفا .

ويكون معنى قوله (إن لم تأكل فامرأتى طالق) إلخ أى إن لم يحدث منك أكل فى أى وقت من الأوقات فامرأتى طالق فلا يقع الطلاق ، لأن الوضع اللغوى هو المقدم .

ومن قال بتقديم العرف على الوضع اللغوى قال : بأن الطلاق يقع ، لأن العرف يدل على أنه يريد منه أن يأكل من الطعام اليوم فالعرف يقتضى الفورية ، وهو لم يأكل على الفور فيقع الطلاق .

والحكم يستوى فيه ما إذا غيَّر الطعام أم لم يغيره فاليمين معلق فى كلتا الحالتين فى اللغة وفى العرف .

قال السيوطى : (وقال الرافعى فى الطلاق : إن تطابق العرف والوضع فذاك ، وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع ، والإمام والغزالى يريان اعتبار العرف ، وقال فى الأيمان : ما معناه إن عمت اللغة قدمت على العرف . وقال غيره : إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه ألبتة فالمعتبر اللغة وإن كان له فيها استعمال ففيه خلاف وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا منسيا قدم العرف) .

قال الرافعى : إن تطابق العرف والوضع اللغوى فى الطلاق فالأمر يستوى فيه تحكيم أحدهما ، إما أن نحكم العرف أو نحكم الوضع اللغوى ، لتطابقهما .

أما إذا اختلف العرف مع الوضع اللغوى فقد اختلفت الآراء فقال البعض بتقديم الوضع اللغوى على العرف ، وقال الإمام والغزالى : يقدم العرف .

وقال الرافعى فى الأيمان : إن عمت اللغة فإنها تقدم على العرف ، لأنها بعمومها قد أصبحت عرفا فوق أنها لغة .

وقال غيره : إن كان العرف ليس له فى اللغة أى وجه فإنه تقدم اللغة ، لأن العرف حينئذ يكون عرفا ضائعا .

أما إن كان للعرف استعمال مع اللغة فقد اختلف فيه العلماء ، هل تقدم اللغة باعتبار التوافق على وجه ما ، أو يقدم العرف ، لأن اللفظ اللغوى أعم وآكد .

أما إن هجرت اللغة ولم تستعمل حتى صارت نسيا منسيا فإنه يقدم العرف ، لأن اللفظ اللغوى أصبح مهجورا ومتروكا . وقول غير الرافعي من العلماء أقرب إلى العقل وإلى الفهم .

قال : (ومن الفروع المخرجة على ذلك : حلف لا يسكن بيتا فإن كان بدويا حنث بالمَبْنِيّ وغيره ، لأنه قد تظاهر فيه العرف الكل واللغة لأن يسمونه بيتا ، وإن كان من أهل القرى : فوجهان مبناه على الأصل المذكور ، إن اعتبرنا العرف لم يحنث والأصح الحنث) .

من الفروع التي تخرج على الأصل المذكور ما يلي :

(١) إذا حلف إنسان لا يسكن بيتا فإن كان من أهل البادية وسكن بيتا مبنيا أو بيتا غير مبني مثل الخيام فإنه يحنث ، لأن أهل البادية يسمون غير المبني بيتا ، وهو يسمى بيتا في اللغة فيكون قد اتفق كل من العرف واللغة على تسميته بيتا ، وأصبح العرف يقوى اللغة ، واللغة تقوى العرف .

أما إن كان الحالف من أهل القرى وسكن بيتا غير مبني كالخيام ففي المسألة وجهان على الأصل الذي ذكره غير الرافعي ، لأنه لو اعتبر العرف لم يحنث ، لأن غير المبني لا يسمىَ بيتا في العرف عند أهل القرى مع أن اللغة تسميه بيتا ، والأصح الحنث ترجيحا للغة .

(٢) (ومنها : حلف لا يشرب ماء حنث بالمالح ، وإن لم يعتد شربه ، اعتبارا بالإطلاق ، والاستعمال اللغوى) وإنما حنث هنا بشرب الماء المالح الذي لا يعتاد شربه ، لأن العرف يطلق عليه

اسم الماء ، والاستعمال اللغوى كذلك فقد توافق العرف واللغة في إطلاق اسم الماء عليه فإذا شرب منه حنث .

(٣) (ومنها : حلف لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز ، وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك لإطلاق الاسم عليه لغة) ، وإنما حنث بأكل خبز الأرز ، لأن الخبز يطلق على كل مخبوز لغة ، وإن كان لا يسمى خبزا في العرف فترجح جانب استعمال اللغة على استعمال العرف .

أما عند الأحناف والمالكية فيترجح جانب العرف ، حيث يحنث إذا تناول مايعتاد ، أهل البلد ويطلقون عليه عرفا أنه هو الخبز ، أما إذا تناول غيره فلا يحنث ، لأنهم يبنون الأيمان على العرف دائما .

(٤) (ومنها : قال : اعطوه بعيرا لا يعطى ناقة على المنصوص ، وقال ابن شريح : نعم ، لاندراجه فيها لغة) وإنما لا يعطى ناقة ، لأن العرف لا يطلق لفظ البعير إلا على الجمل الذكر لا الناقة الأنثى ، مع أن اللغة تطلق لفظ البعير على الذكر والأنثى مثل لفظ الإنسان ، نقدم العرف على اللغة هنا .

وقال ابن شريح : يعطى ناقة ، لأن لفظ البعير يشملهما لغة ، فهى مندرجة فى لفظ (البعير) .

(٥) (ومنها : قال : أعطوه دابة ، أعطى فرسا أو بغلا أو حمارا على المنصوص ، لا الإبل والبقر ، إذ لا يطلق عليها عرفا ، وإن كان يطلق عليها لغة ، وقال ابن شريح : إن كان ذلك فى غير مصر لم يدفع إليه إلا الفرس) ، الدابة لغة هى كل مايدب على الأرض فهى تشمل الخيل والبغال والحمير والإبل والبقر ، إلا أنها فى العرف لا تطلق

على الابل أو البقر فلو قال : أعطوه دابة فهى تصدق على كل المذكور لغة ولا تطلق على الإبل والبقر فى العرف فيقدم العرف على اللغة .

وقال ابن شريح : إن كان ذلك فى غير مصر لم يدفع إليه إلا فرسا ، لأن اللغة قد اطردت بإطلاق الدابة على الفرس.

(٦) (ومنها : حلف لا يأكل البيض أو الرؤوس لم يحنث ببيض السمك والجراد ، ولا برؤوس العصافير والحيتان ، لعدم إطلاقها عرفا) ، إلا إذا كان قد نوى الحالف على بيض السمك والجراد أو رؤوس العصافير والحيتان فإنه يحنث بتناولها عملا بنيته .

(٧) (ومنها : قال : زوجتى طالق لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف ، وإن كان وضع اللغة يقتضى ذلك لأن اسم الجنس إذا أضيف عم) فلو كان رجل متزوجا بأربع زوجات فقال : زوجتى طالق لم تطلق جميع زوجاته ، لأن العرف يطلق الزوجة على الواحدة فقط ، مع أن الوضع اللغوى يقتضى العموم بمعنى أن الكلام يعم الزوجات الأربع ، لأن اسم الجنس إذا أضيف يعم الجميع ، وعلى هذا فإنه على الإطلاق اللغوى تطلق الزوجات الأربع ، لكن إعمالا للعرف فإنه لا تطلق سوى واحدة ، فيقدم العمل بالعرف ، ويحرم عليه وطء جميع الزوجات حتى يعين من أرادها بالطلاق ، لصلاحية الجميع لإيقاع الطلاق عليهن ، فإن عين كان بها ، وإلا فإن القاضى يلزمه بالبيان وتعيين إحداهن .

(٨) (وكذلك قوله : الطلاق يلزمنى ، لا يحمل على الثلاث ، وإن كانت الألف واللام للعموم) . الألف واللام فى قوله (الطلاق يلزمنى) تفيد العموم فى الوضع اللغوى ، وعلى هذا فيكون المعنى أن الطلاق يقع ثلاثا ،

إلا أن العرف ينزل كلمة (الطلاق) على الواحدة فقط ، فيقدم العمل بالعرف بوقوع الطلاق طلقة واحدة ولا يقع ثلاثا .

(٩) (ومنها : أوصى للقراء فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ في المصحف أولا ؟ وجهان ، ينظر في أحدهما للوضع وفي الثاني إلى العرف ، وهو الأظهر) القارئ في اللغة : هو من يستطيع القراءة لأنه اسم فاعل من (قرأ) ، وعلى هذا فإيصاؤه للقراء يتناول كل قارئ ، ويدخل فيه كل من يستطيع القراءة ، أما العرف فيطلق كلمة (القراء) على حفاظ القرآن الكريم فالقارئ في العرف هو من يحفظ القرآن الكريم ، فالأظهر أن نعمل بالإطلاق في العرف ويقدم على الإطلاق اللغوي ، ويقدم العرف على اللغة .

(١٠) (ومنها : أوصى للفقهاء فهل يدخل الخلافيون المناظرون قال في الكافي : يحتمل وجهين لتعارض العرف والحقيقة) .

(الفقهاء) جمع فقيه ، وهو من أصبح الفقه له ملكة وسجية ، فالفقيه هو العالم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ، وهذا هو المعنى اللغوي [1] فإذا تعارض هذا المعنى اللغوي مع العرف ، فإن الأفضل تحكيم العرف ، وتقديمه على المعنى اللغوي .

---

(١) المصباح المنير ح٢ الفاء مع القاف وما يثلثهما (فقه) ، ومختار الصحاح ـ باب الفاء ـ (فقه) .

تنبيه

قال السيوطي : (قال الشيخ أبو زيد : لا أدري ما ذا بني الشافعي مسائل الأيمان إن اتبع اللغة ؟ فمن حلف لا يأكل الرؤس فينبغي أن يحنث برؤس الطير والسمك ، وإن اتبع العرف فأهل القرى لا يعدون الخيام بيوتا) ، ومعنى هذا القول الذي يقوله الشيخ أبو زيد أن الإمام الشافعي في مسائل الأيمان قد سلك مرة تقديم العرف على اللغة ، ومرة أخرى تقديم اللغة على العرف فقد اضطرب تحريمه .

(قال الرافعي : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد) ، أجاب الرافعي عن قول الشيخ أبي زيد بأن الشافعي لم يكن مضطربا ، لأنه حينما يتبع مقتضى اللغة فإن ذلك يكون عند ظهورها وشمولها ، بحيث تكون عرفا عاما ، وهو الأصل ، وحينما يتبع العرف فإن ذلك يكون حينما يستمر ويطرد ، فلا يكون للغة وجود معه .

(وقال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة) وهذا أيضا جواب آخر من ابن عبد السلام ، بأن الشافعي لم يكن مضطربا ، لأن القاعدة في الأيمان أنها تبنى على العرف إذا لم يكن مضطربا ، فإذا اضطرب فإنه يرجع إلى اللغة .

ومعنى قول الرافعي وابن عبد السلام أن الإمام الشافعي لم يكن مضطربا في باب الأيمان ، لأنه حينما كان يحكم العرف فإن ذلك لأن

اللغة لضمحلت وضمرت، وحينما كان يحكم اللغة فإن ذلك لأن العرف اضمحل وضمر.

تنبيه

قال السيوطي: (إنما يتجاذب الوضع والعرف في العربي، أما الأعجمي فيعتبر عرفه قطعا، إذ لا وضع يحمل عليه) التجاذب هو: مفاعلة من الجذب وهو الشد، بأن يجذب كل طرف الشيء إلى نفسه ويشده إليه)(1)، والمعنى إذا تكلم إنسان بكلمة لها مدلول لغوي، ولها عرف شائع بين الناس، وتجاذب العرف والوضع اللغوي، كل منهما يشد الكلمة ويجذبها إلى نفسه ليطبق عليها معناه، فالعرف يجذب الكلمة إليه ليطبق عليها المعنى السائد عرفا، واللغة تجذبها إليها لتطبق عليها المعنى اللغوي، فإن هذا التجاذب والتنازع بين العرف واللغة إنما يكون في حالة ما إذا كان الكلام عربيا والمتكلم عربيا أيضا.

أما بالنسبة للشخص الأعجمي، فلا يحدث هذا التجاذب في غير اللغة العربية، لأنه لا يوجد في غير اللغة العربية أوضاع تضع الألفاظ بجوار المعاني، فلا وضع يحمل عليه اللفظ في غير اللغة العربية، وينبني على هذا مايلي:

(1) - (فلو حلف على البيت بالفارسية لم يحنث ببيت الشعر)

فلو حلف إنسان باللغة الفارسية على دخول البيت، لم يحنث بدخول بيت من نسيج الصوف، مثل الخيام ونحوها، لأنه لا يسمى بيتا في

---

(1) المصباح المنير جـ1 - الجيم مع الذال ومايثلثهما (جذب).

من أهل فارس، وإنما البصر هو الذي يخلو من الأحجار ونحوها .

(٢) (ولو أوصى لأقاربه لم يدخل قرابة الأم في وصية العرب، ويدخل في وصية العجم) .

إذا أوصى إنسان لأقاربه فإن كان من العرب فإن أقاربه من جهة الأم لا يدخلون في استحقاق الوصية، لا في اللغة ولا في العرف، لأن القريب في اللغة هو من ينتسب إلى من تنتسب إليه وهو الأب، ولأن العرف لا يطلق لفظ القريب إلا على من يقرب إليك من جهة الأب، فلا يكون القريب من جهة الأم داخلا في استحقاق الوصية عند العرب لا عرفا ولا لغة .

أما إذا كان الموصى من العجم فيدخل في استحقاق الوصية الأقارب من جهة الأم، لأن عرفهم جرى على اعتبارهم من الأقارب، وعلى هذا فيكونون من المستحقين كالأقارب من جهة الأب عندهم .

(٣) (ولو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق، فرآه غيرها، قال القفال : إن علق بالعجمية حمل على المعاينة، سواء فيه البصير والأعمى . قال : والعرف الشرعي في حمل الرؤية على العلم لم يثبت إلا في اللغة العربية، ومنع الإمام الفرق بين اللغتين) إذا قال الزوج لزوجته باللغة الأعجمية : إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها فقد قال القفال : تحمل الرؤية على المعاينة والرؤية البصرية ويستوى في ذلك البصيرة والعمياء) إلا أنها إذا كانت عمياء فيكون قد علق

رؤيتها للهلال على مستحيل، وهذا التعليق فاسد فلايقع به طلاق، أما إذا كانت مبصرة ورآه غيرها فلايقع طلاقها، لأنها لم تعاين الهلال ولم تره، لأن حمل الرؤية على العلم لم يثبت إلا فى اللغة العربية، ولا يوجد فى اللغة الأعجمية رؤية بمعنى العلم، بل الرؤية البصرية فقط.

أما الإمام الجويتى فقد منع الفرق بين اللغتين العربية والأعجمية، وقال: إن المعنى الحقيقى للرؤية هو الرؤية البصرية والمعاينة، وهذا فى اللغة العربية واللغة الأعجمية سواء، أما إطلاق الرؤية على العلم فى الشرع فهذا إطلاق مجازى لاحقيقى، وبهذا لافرق بين اللغة العربية واللغة الأعجمية، وعلى هذا فما دام لايوجد فرق بين اللغتين فيكون الحكم متحدا فيهما، فتطلق الزوجة إذا رأى الهلال غيرها وأخبرها برؤيته، سواء كان المعلق للطلاق عربيا أم فارسيا.

(٤) (ولو حلف لايدخل دار زيد فدخل ماسكنه بإجارة لم يحنث، وقال القاضى حسين: إن حلف على ذلك بالفارسية حمل على المسكن، قال الرافعى: ولايكاد يظهر فرق بين اللغتين).

إضافة الدار لزيد قد تكون بمعنى الملك، وقد تكون لأقل ملابسة، فإذا قلنا بأن الإضافة للتمليك فلايحنث الحالف بدخول دار يسكنها زيد بالإيجار وليست ملكا له، تقديما للعرف.

وقال القاضى حسين: إن كان اليمين باللغة الفارسية فإنه يحنث بدخول دار يسكنها زيد بالإيجار وليست ملكا له، لأن البيت عند أهل

فارس هو ما يسكنه الإنسان سواء أكان مملوكا له أم مستأجرا وليس مملوكا ، فالبيت فى الفارسية أعم من معناه فى العربية .

وقال الرافعى : إنه لا فرق بين اللغتين العربية والفارسية ، لأن الإضافة قد تكون للملك وقد تكون لأدنى ملابسة كالاستئجار أو الاستعارة أو نحو ذلك ، واللغة العربية واللغة الفارسية يستويان فى هذا فيكون حكمهما سواء .

تعارض العرف العام والخاص

قال السيوطى : (الضابط : أنه إن كان المخصوص محصورا لم يؤثر ، كما لو كانت عادة امرأة فى الحيض أقل مما استقر من عادات النساء ، ردت إلى الغالب فى الأصح . وقيل : تعتبر عادتها ، وإن كان غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلا ومواشيهم نهارا ، فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام فى العكس ، وجهان ، الأصح : نعم)

سبق أن عرفنا العرف العام بأنه هو الذى يتفق الناس جميعا على العمل به فى جميع البلاد ، والعرف الخاص هو الذى يتفق الناس على العمل به فى بلد من البلدان أو اقليم من الاقاليم أو طائفة من الطوائف (١)

---

(١) ينظر ص ١٤٥ من هذا الكتاب وما بعدها .

إذا تعارض العرف العام مع العرف الخاص فإذا كان العرف الخاص محصورا ويمكن الإحاطة به، فإنه لا يؤثر ولا يترتب عليه الحكم، ويعتبر كأنه غير موجود، ويكون العمل بالعرف العام، مثل ما إذا وجدت امرأة لها عادة خاصة بها في الحيض أقل مما استقرت عليه عادات النساء بأن كانت تحيض نصف يوم، ثم استمر معها هكذا مدة، ثم نزل بعد ذلك كثيرا، فإنها ترد إلى الغالب وهي المدة التي عليها النساء على الأصح، ويقال لها: حيضك يوم وليلة، وما يزيد عن ذلك يكون استحاضة، ويكون العمل بالعرف العام، لأنه أقوى، وقيل: تعتبر عادتها الخاصة بها عملا بالعرف الخاص، ونكون قد أهدرنا العرف العام.

أما إذا كان العرف الخاص غير محصور فإنه يعتبر، مثل ما إذا وجد عرف في قبيلة خاص بها دون غيرها من القبائل، وانتشر فيها وعندها، ولا يمكن ضبطه، فهو عرف خاص بها غير محصور، كما إذا وجدت عادة عندهم بحفظ زرعهم ليلا وحفظ مواشيهم نهارا، فالأصح أن هذا العرف الخاص ينزل منزلة العرف العام، ويقضى بالضمان وعدمه على حسب عرفهم الخاص بهم.

ومقابل الأصح الصحيح: وهو أنه يعمل بالعرف العام، ويهدر العرف الخاص بهم، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بحفظ الدواب ليلا، فما تأكله في الليل يكون مضمونا على أصحابها، والرسول

صلى الله عليه وسلم كان يعمل بالعرف في هذا ، وعلى هذا فلو أكلت في وقت يجب على صاحب الزرع أن يحفظه فيه فالضمان على أصحابها ، لأن التقصير من صاحب الزرع بعدم حفظه لزرعه .

فحكم الرسول صلى الله عليه وسلم كان مبنيا على العرف ، وعلى هذا فلو تغير العرف تغير تبعا له الحكم ، لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما .

وبهذا يكون من قال بالأعم قد عمل بمقتضى العرف وحكمه ، أما من قال بالصحيح فقد وقف عند أقضية الرسول صلى الله عليه وسلم في الضمان بأكل المواشي من الزرع ليلا ، وفي عدم الضمان نهارا لعدم التقصير ، ولكن يقال لهم : إن حكم الرسول صلى الله عليه وسلم كان مبنيا على العرف ، فمتى تغير العرف تغير الحكم .

العادة المطردة فى ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط

قال السيوطى : (العادة المطردة فى ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط فيه صور : منها : لو جرت عادة قوم بقطع الحِصْرِم قبل النضج ، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع ،وجهان : أصحهما لا ،وقال القفال : نعم).

معنى قول السيوطى : أن العادة التى تطرد فى جهة هل تنزل عادة أهلها منزلة الشرط ، ويقال : المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فى هذا الأمر عدة صور ومسائل منها مايلى :

(١) ــ إذا جرت عادة قوم يقطع الحِصْرِم قبل النضج ، وهو أول مايبدو من العنب مادام حامضا ،[1] فهل تنزل عادتهم هذه منزلة الشرط حتى يكون بيعه من غير شرط القطع صحيحا ، فى وجهان : الأصح منهما أنه لاينزل العرف والعادة منزلة الشرط ، ومادام لم يشترط القطع فلايصح البيع ،وقال القفال : ينزل العرف والعادة منزلة الشرط فيصح البيع ولو لم يشترطوا القطع ،لأنه وإن لم يذكر شرط القطع فإن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

---

(١) المصباح المنير حـ١ الحاء والصاد ومايثلثهما (حصرم) ،ومختار الصحاح ــ باب الحاء (حصرم) .

وقد قال الشافعية: إنه لا يجوز بيع الثمرة المنفردة عن الشجرة قبل بدوّ صلاحها إلا بشرط القطع سواء جرت العادة بقطع الثمرة أم لا بخلاف ما لو باعها مع الشجرة فإنه يجوز بدون اشتراط القطع، لأن الثمرة حينئذ تابعة للشجرة وقد أصبحت الشجرة والثمرة ملكا للمشترى، لأن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها منفردة إذا لم يشترط القطع قد يطول الزمن ليكثر الثمر، وهذا يكون إضرارا بالبائع، وقد تنزل على الثمر جائحة وهذا إضرار بالمشترى، وكان الأعدل للبائع والمشترى اشتراط القطع.(1)

وقال الأحناف: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لأنها مال متقوم يمكن الانتفاع به للحيوان ونحوه ويجب على المشترى قطعها حالا، تفريغا لملك البائع، سواء اشترط القطع أم لم يشترطه. فإن شرط تركها على شجرها فإن البيع يفسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وهو مشغل ملك الغير. وقالوا إن المراد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه فأن النهي في الحديث في حالة ما إذا باعه بشرط الترك على الشجر، أو أن المراد النهي عن بيعه سلما، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم (أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه)، وهذا إنما يكون في حالة الشراء بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحه أو بطريق السلم ولهذا يجب على المشترى قطع

---

(1) الباجورى على ابن قاسم حـ١ ص٣٦٤.

الثمرة في الحال حتى يفرغ ملك البائع.[1] والمسألة وإن ذكرها السيوطي في الحصْرِ فهي تعم كل ثمر لم ينضج ويراد بيعه.

(٢) – (الوهم في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن فقال الجمهور: لا، وقال القفال: نعم).

الرهن: لغة: هو الحبس فيقال: رهنته المتاع بالدين رهناً حبسته به فهو مرهون، والرهن: الثبوت والدوام.[2]

وشرعاً: هو جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء. وقال الشافعية: إن الرهن في يد المرتهن على وجه الأمانة فلا يضمنه إلا بالتعدي عليه بأن كان آنية فاستعملها أو دابة فركبها أو حمل عليها شيئاً أو نحو ذلك فإنه يضمنه حينئذ، لأنه خروج عن حد الأمانة، وأنه لا يسقط شيء من الدين بهلاكه، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يغلق الرهن – وكررها ثلاثاً – لصاحبه غنمه وعليه غرمه) أي لصاحبه زيادته، وعليه هلاكه، ومعنى الحديث أن الرهن لا يصير مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين فالزيادة به صيانة، فلو سقط الدين بهلاك الرهن عاد على موضوعه بالنقض، لأن بعد

---

(١) الهداية وفتح القدير وشروحها جـ٥ ص ١٠٢.
(٢) المصباح المنير جـ١ – الراء مع الهاء وما يثلثهما (رهن) ومختار الصحاح – باب الراء (رهن).

الوثيقة يزداد معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن ضد مقتضى عقد الرهن ، لأن الحق يصير معرضا للهلاك بهلاك الرهن كهلاك الصك .

وقال الأحناف : إذا سلّم الراهنُ الرهنَ للمرتهن دخل في ضمان المرتهن لقول الرسول صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد أن نفق فرس الرهن عنده : (ذهب حقك) . وهذا دليل على ذهاب حقه وهو الدين نظير ضياع الرهن عنده بنفوق الفرس . وقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا عُمي الرهن فهو بما فيه) ومعناه : إذا ما اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بأن قال الراهن : لا أدري كم كانت قيمته . وكذلك قال المرتهن فإن الرهن يكون بما فيه . وكذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم والتابعين على أن الرهن مضمون وإن كانوا قد اختلفوا في كيفيته فقد روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة . وروي عن عمر وعلي وابن مسعود أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . وروي عن ابن عباس أنه مضمون بالدين . وهذا إجماع منهم على أنه مضمون وإن اختلفوا في كيفية الضمان . ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ، وتكون بملك اليد والحبس لأن الرهن لغة فيه معنى الحبس الدائم . كما في قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة)[1] أي محبوسة جزاء ما فعلت من المعاصي . والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق ما تنبئ به فيكون معنى الرهن الشرعي منبئا عن الحبس الدائم . ولأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء لأنه يوصل إلى الاستيفاء .

---

(١) - الآية رقم ٣٨ من سورة المدثر .

وهذا يكون بملك اليد والحبس ،
حتى لا يجحد المرتهن الرهن ، لأن الحبس يؤدي إلى أداء الحق ،
حيث يخشى الراهن إذا جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن
إذا كانت قيمته أكثر من الدين ، وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيضطر
إلى إيفاء الأقل ليخلص الأكثر .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يغلق الرهن) فالمراد به الاحتباس
الكلي أي يصير مملوكا له ، وهذا ما ذكره الكرخي عن بعض السلف ،
وقد فسر الإمام مالك قوله صلى الله عليه وسلم (لا يغلق الرهن)
أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن زيادة عن الشيء الذي رهن
به ، فيقول الراهن للمرتهن : إن جئتك بحقك إلى يوم كذا آخذ
الرهن منك وإلا فإن الرهن يكون لك كله بما فيه من الزيادة ، فهذا
لا يحل ولا يصح ، وهو الذي نهى عنه الحديث ، والمراد بقوله صلى الله
عليه وسلم : (له غنمه وعليه غرمه) أنه ورد في البيع إذا تم بيع الرهن
بثمن أقل من الدين فإن الراهن يغرم ذلك النقص ، وإذا بيع
بثمن زائد عن الدين فإن الراهن يأخذ هذه الزيادة .

وعلى هذا فإن تعلق الدين بالعين عند الشافعية استيفاء منه عينا
بالبيع ، وعند الأحناف تعلق الدين بالعين هو صيرورة الرهن محتبسا
بالدين بإثبات يد الاستيفاء عليه .(1)

---

(1) ينظر فتح القدير على الهداية وشروحه جـ٨ ص ١٩٤ – ١٩٦ ،
والباجوري على ابن قاسم جـ١ ص ٣٧٤ – ٣٧٦ .

ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا بأى وجه من وجوه الانتفاع إلا أن يأذن له المالك ، لأنه ليس للمرتهن إلا حق حبس العين فقط دون الانتفاع ، وإذا تعدى على الرهن ضمنه بجميع قيمته .

وإذا جرت عادة عند الناس وعمت بإباحة منافع الرهن للمرتهن ، فهل تنزل هذه العادة منزلة الشرط ، ويفسد عقد الرهن ، ويكون المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، أم لا تنزل ويصح عقد الرهن ؟ قال جمهور العلماء : لا تنزل العادة منزلة الشرط ، ولا يفسد عقد الرهن بل يكون صحيحا ، وتكون إباحة الانتفاع للمرتهن بالمرهون ليست من باب الربا المحرم بل هى من باب الهبة من الراهن للمرتهن ، حيث لم يشترطا الانتفاع فى عقد الرهن .

وقال القفال : تنزل العادة منزلة الشرط ، لأن المعتاد عرفا كالمشروط شرطا ، فيكون الرهن كأنه اشترط فيه الراهن للمرتهن الانتفاع بالمرهون فيفسد العقد .

(٣) (ومثله : لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض ، فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ، وجهان : أصحهما لا) . لو اعتاد إنسان على أنه كلما اقترض من إنسان مالا رد أكثر من المبلغ الذى اقترضه فهل تنزل عادته منزلة الشرط فيحرم إقراضه أم لا تنزل ؟ ذى وجهان : الأصح منهما أنه لا تنزل عادته منزلة الشرط ، ولا يحرم إقراضه ، ويكون ما يرده من الزيادة من الإحسان فى قضاء الدين ، ومن

السماحة في التعامل حيث لم يشترط زيادة عند الاقتراض وقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد رد أكثر ما اقترضه، ومعنى (كل قرض جر نفعا فهو ربا) أي كل قرض جر نفعا مشروطا وقت التعاقد فهو ربا، وهنا قد خلى عقد القرض من اشتراط الزيادة فلا ربا.

ومقابل الأصح الصحيح: وهو القول بأن العادة تنزل منزلة الشرط، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وعليه فإنه يحرم إقراضه، فكأن المقترض قد اشترط على المقرض أن يأخذ منه زيادة عن القرض، فنزلت العادة منزلة الشرط فهي مثل قوله أقرضتني على أن أرد لك زيادة عن القرض عند رده إليك.

(٤) (ومنها: لو اعتاد بيع العِينَة بأن يشتري مؤجلا بأقل مما باعه نقدا فهل يحرم ذلك؟ وجهان: أصحهما لا). (العِينَة) معناها في اللغة: السلف، واعتان الرجل: إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة ويقال: بعته عِينَة بعين أي حاضرا بحاضر[1]، وقد عرفها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال أقل ليسلم به من الربا، وإنما قيل لهذا البيع عِينَة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أي نقدا حاضرا، وذلك حرام إذا اشترط المشتري على البائع أن يشتريها منه بثمن معلوم فإن لم يكن بينهما شرط فقد أجازها الإمام الشافعي، ومنعها بعض الفقهاء، لأنها من الربا فإذا باعها المشتري لغير بائعها في المجلس فهي عِينَة إلا أنها جائزة باتفاق.

---

(١) - ينظر: المصباح المنير، كتاب العين - العين مع الياء وما يثلثهما (عين) ومختار الصحاح - باب العين (عين).

وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العِينَة ، وهذا النهي يكون لأحد أمرين هما :

الأول : أن العادة تنزل منزلة الشرط .

الثاني : أن يكون قد شرط في العقد ونص عليه .

وعلى هذا فقد روى وجهان في المسألة : الأصح منهما أنه لا تنزل العادة منزلة الشرط ، فلا يحرم بيع العِينَة ؛ لأن العقد قد خلا من أي شيء يفسده ، فأصبح صحيحا .

ويقابل الأصح الصحيح : وهو القول بأن العادة تنزل منزلة الشرط ، وعليه فيكون العقد محرما ؛ لأن بيع العِينَة صنو الربا ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فكأن المشتري بالأجل الذي يبيع ما اشتراه نقدا بأقل مما اشتراه به قد اشترط ذلك ، وهذا هو الرأي المختار ؛ لأنه أحوط .

(٥) (ومنها : ما لو بارز كافر مسلما ، وشرط الأمان لم يجز للمسلم إعانة المسلم ، فلو لم يشترط ولكن اطردت العادة بالمبارزة بالأمان فهل كالمشروط ؟ وجهان أصحهما : نعم) .

المبارزة سبق توضيحها ،(1) فلو بارز كافر مسلما وشرط عليه الأمان ، فلا يجوز لمسلم آخر أن يعين المسلم المبارز حيث قد شرط الكافر

---

(1) ينظر ص ١٦٥-١٦٦ من هذا الكتاب .

الأمان في المبارزة ، فيحرم على المسلم غير المبارز أن يعين المسلم المبارز ،لكن لو لم يشترط الكافر الأمان في المبارزة ، وكانت العادة مطردة بأن المبارزة لاتكون إلا بالأمان فهل تعتبر العادة كالشروط ، وهذه قد سبق توضيحها .(١)

(٧) (ومنها : لو دفع ثوبا – مثلا – إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة وجرت عادته بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة؟ خلاف ، والأصح في المذهب لا ، واستحسن الرافعي مقابله) .

سبق توضيح هذه المسألة وبيان آراء العلماء في استحقاق الخياط الأجر أو عدم استحقاقه له .(٢)

---

(١) ينظر ص ١٦٥ ، ١٦٦ من هذا الكتاب .
(٢) ينظر ص ١٥٩ ، ١٦٢ من هذا الكتاب .

العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر

قال السيوطي : (قال الرافعي : العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ، ورغبة الناس فيما يروج في النفقة غالباً ، ولا يؤثر في التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما ، أما في التعليق فلقلة وقوعه ، وأما في الإقرار فلأنه إخبار عن وجوب سابق وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد قبل) .

معنى ما قاله الرافعي : أن تأثير العادة الغالبة إنما يكون في المعاملات لأنها كثيرة الحدوث بين الناس ، ولأنهم يرغبون فيما يروج في إنفاقهم في الغالب ، لأن العادة لا تكون إلا فيما يكثر وقوعه بينهم ، ولا تؤثر العادة في التعليق والإقرار بل يظل اللفظ على عمومه في كل منهما فجميع صيغ التعليق أو الإقرار لا دخل للعرف فيها ، فلا تقيد تعليقاً ، ولا تخصص إقراراً ، لأن التعليق قليل الوقوع ، ونادر الحدوث وما يكون قليلا ونادرا لا تحكم فيه العادة فيظل لفظ التعليق فيه على عمومه ، لأنه ليس للعادة عمل فيه لندرته ولأن الإقرار إخبار عن وجوب شيء ثابت قبله وربما كان وجوب هذا الشيء سابقا على العرف الغالب فكيف يحكم اللاحق في السابق عنه ، فلو أقر بدراهم ووضحها بأنها غير المتعامل بها الآن في البلد فإنه يقبل منه هذا الإقرار بتفسيره له ، وتوضيحه للدراهم لأن إقراره إنما هو إقرار بشيء حصل في الماضي ، وهو الدين الذي في ذمته ، وتوضيحه للدراهم بأنها

غير الموجودة الآن صحيح ، لأنه ربما كان في هذا البلد سابقاً دراهم كان التعامل بها بين الناس ، وكانت تخالف الدراهم الموجودة الآن .

قال السيوطي : (قال الإمام : وكذا الدعوى بالدراهم لا تنزل على العادة ، كما أن الإقرار بها لا ينزل على العادة ، بل لابد من الوصف ، وكذا قال الشيخ أبو حامد والماوردي والروياني وغيرهم ، وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم ، فلا يفيده العرف المتأخر ، بخلاف العقد فإنه أمر باشره في الحال فقيده العرف) .

قال الإمام الجويني : إذا ادعى شخص دراهم مطلقة فإنها لا تنزل على المعتاد التعامل به الآن ، بل لابد من تحديدها بالوصف ، لأن الدعوى مثل الإقرار إخبار عن شيء مضى وسبق ، فلا يفيده العرف والعادة المتأخرة عنه فلابد من تعيين الدراهم بخلاف العقد ، لأنه أمر باشره الآن فيقيده العرف والعادة ، لأن الجميع في وقت واحد .

قال السيوطي : (ولو أقر بألف مطلقة في بلد دراهمه ناقصة ، لزمه الناقصة في الأصح ، وقيل : يلزمه وافية ، لعرف الشرع ، ولا خلاف أنه لو اشترى بألف في هذه البلدة لزمه الناقصة ، لأن البيع معاملة ، والغالب أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار) .

إذا أقر إنسان لآخر بألف درهم مطلقة في بلد دراهمه ناقصة في الوزن فهل تنزل الألف المطلقة على الكامل في الوزن ، أم على الناقص فيه .

يوجد رأيان فالأصح منهما : أنه تلزمه الدراهم الناقصة في الوزن

لأن الوزن الناقص هو السائد في البلد ، فيكون إقراره مقترنا بعرف قائم .

ومقابل الأصح الصحيح : وهو أنه تلزمه الدراهم الوافية في الوزن ، لأن العرف الشرعي ينصرف إليها ، لأن المطلق ينزل على ما يقرره الشرع فيه ، لأن هذا هو العرف الشرعي ولسبق الإقرار عن عرف أهل البلد .

وقد أجمع العلماء على أنه لو اشترى بألف درهم في هذا البلد فإنه تلزمه الناقصة ، لأن البيع معاملة ، وغالبا في وقوعها أنها تكون بالنقد الذي يروج في البلد وقت التعامل بالبيع فالعرف يحكم فيها بخلاف الإقرار فإنه غالبا ما يكون بشيء سابق على العرف فلا يحكم العرف المتأخر في الإقرار بشيء سابق عنه .

قال السيوطي : (ومن الفروع المخرجة على هذا الأصل ما سبق في مسألة البطالة ، فإذا استمر عرف بها في أشهر مخصوصة حمل عليه ما وقف بعد ذلك ، لا ما وقف قبل هذه العادة) .

سبق الكلام في مسألة البطالة ،[1] فلو جرى عرف بأن البطالة تكون في شهر محدد مثل شهر رمضان يحمل عليه كل ما يوقف بعد هذا العرف لا ما وقف قبله لأن العرف والعادة لم يكن لهما وجود قبل الوقف حتى يؤثر فيه) ، وكذلك لو أجر مسلم مسيحيا أو يهوديا لعمل مستمر وكان العقد مطلقا ، فإن هذا العقد ينزل على العرف ، فلا يعمل المسيحي يوم الأحد ، ولا اليهودي يوم السبت ، لأن هذا هو

(١) يظهر ص ١٧١ من هذا الكتاب .

العرف السائد ، والعادة المتبعة للنصارى واليهود ، وكذلك لو أجر مسلما ، وكان العقد مطلقا فإنه لا يعمل في وقت الصلاة حتى يؤدي الصلاة في وقتها ، وهذا عرف شرعي .

(٢) (ومنها : كسوة الكعبة فنقل الرافعي عن ابن عبدان أنه منع من بيعها وشرائها ، وقال ابن الصلاح : الأمر فيها إلى رأي الإمام ، واستحسنه النووي وقال العلائي وغيره : الذي يقتضيه القياس أن العادة استمرت بأنها تبدل كل سنة وتؤخذ تلك العتيقة فيتصرف فيها ببيعها وغيره ويقرهم الأئمة على ذلك في كل عصر فلا تردد في جوازه .

وأما بعد ما اتفق في هذا القرن من وقف الإمام ضيعة معينة على أن يصرف ريعها في كسوة الكعبة فلا يتردد في جواز ذلك لأن الوقف بعد استقرار هذه العادة ، والعلم بها ، فينزل لفظ الواقف عليها) .

وهذا الذي نقله السيوطي عن العلماء في شأن كسوة الكعبة والتصرف فيها بالبيع ونحوه ، ولكنا نجد الآن أن العرف قد تغير عما كانوا عليه سابقا ، وأصبحت الحكومة السعودية الآن هي التي تنفق على كسوة الكعبة المشرفة ، وتتولى هذا الأمر ، وبذلك لو وقف إنسان شيئا الآن على كسوة الكعبة فإنه لا ينزل على العرف السابق لأنه قد تغير الآن .

ما لا ضابط له لغة ولا شرعاً المُحَكَّم فيه العرف

قال السيوطى : (قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة ، يرجع فيه إلى العرف ، ومثلوه بالحرز فى السرقة ، والتفرق فى البيع ، والقبض ، ووقت الحيض وقدره ، والإحياء والاستيلاء فى الغصب ، والاكتفاء فى نية الصلاة بالمقارنة العرفية بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووى وغيره) .

معنى قول السيوطى : أن الفقهاء قد قالوا : إن كل ما ورد به الشرع مطلقا غير مقيد ، وليس له ضابط يحدد مدلوله فى الشرع ولا فى اللغة فإنه يرجع فى فهم مدلوله إلى العرف ، كما فى الأمثلة الآتية :

(١) الحرز فى السرقة : قد سبق الكلام فى الحرز ،[1] وأن من شروط قطع يد السارق أن يكون السارق البالغ العاقل قد سرق المال من حرز مثله ولم تبين الشريعة حقيقة الحرز ، ولا وضحت اللغة معناه ، ولكن قد تعارف الناس وجرت عاداتهم أن لكل نوع من الأموال حرزا معينا خاصا به يحفظ فيه من الضياع ويصان فيه من التعرض للهلاك ، فبعض الأموال قد يكون حرزها خزينة حديدية كالنقود والجواهر والحلى ونحوها ، وبعض الأموال قد يكون حرزها حظائر كالمواشى بأنواعها ، وبعضها يكون حرزه وضعه فى مخازن خاصة تغلق عليها كالحبوب وهكذا ، فنجد أن العرف هو الذى يحدد حرز كل نوع من أنواع الأموال المختلفة .

---

(١) ينظر ص ١٥٨ من هذا الكتاب.

(٢) (التفرق في البيع) فقد أعطى الرسول صلى الله عليه وسلم كل بائعين خيار المجلس بقوله: (البيعان بالخيار مالم يتفرقا) فالبائع والمشتري لكل منهما خيار المجلس مالم يتفرقا، إلا أن التفرق لم يحدده الشرع، ولم يبين حقيقته، ولم توضح اللغة معناه، فكان لابد من الرجوع إلى العرف في تحديده، فما يراه الناس في عرفهم، وجرت عليه عادتهم بأنه يعتبر تفرقا فهو تفرق، ومالا يعتبره العرف تفرقا لا يكون تفرقا، ويترتب الحكم بالتفرق أو عدم التفرق على عرف الناس، وهذا عند الجمهور ماعدا الحنفية، وبهذا لا يبدأ خيار الشرط إلا بعد انتهاء المجلس.

(٣) (والقبض) أي قبض المبيع، فإن كيفيته، وحقيقته لم تحددها اللغة، ولم يضبطها الشرع، فلابد من ضبطها عن طريق العرف، فما تعارف الناس أن يكون قبضا كان كذلك، ومالا فلا، لأن القبض يختلف في المبيع باختلافه إن كان عقارا أو منقولا، فما يعتبره العرف قبضا في العقار فهو قبض تترتب عليه أحكامه، فقد يكون العرف ساريا على أن تخلية العقار من أمتعة البائع إن كان بيتا تعتبر قبضا، كان كذلك، وإن جرى العرف أن مجرد كتابة عقد المنزل يعتبر قبضا كان كذلك، وهكذا، أما في المنقول فإن القبض فيه يكون بتسليمه إلى المشتري، وهذا يستلزم أن يتم نقله حتى يتسلمه المشتري، وتترتب أحكام البيع وصحته من صحة التسليم والقبض أو عدم صحته. وقد سبق الكلام في اعتبار القبض والإقباض عند شرح قاعدة (العادة محكمة)[١]

(١) - ينظر ص ١٦٣-١٦٤

(٤) (ووقت الحيض وقدره) فإن وقت نزول دم الحيض قد يختلف باختلاف النساء فقد يكون في البعض أول كل شهر، وقد يكون وسط كل شهر، وقد يكون آخر كل شهر، وكذلك قدر الحيض وعدد الأيام التي يمكثها مع كل امرأة تحيض فإنه يختلف من امرأة إلى أخرى، فقد تكون عادة إحدى النساء أن حيضها يكون في أول الشهر لمدة خمسة أيام، وقد تكون غيرها على خلاف ذلك، ولم يضع الشرع ضابطاً لهذا، ولم تحدد اللغة معنى له، فكان لابد من الرجوع إلى عادة كل امرأة، وعرفها المستمر منها، فمن كان حيضها أول كل شهر لمدة خمسة أيام كان هذا وقت حيضها ومدته بالنسبة لها، وهكذا كل حائض حسب عادتها التي درجت عليها، وعلى هذا فيمكن حساب أيام الاستحاضة بالنسبة لكل حائض حسب عادتها فما زاد عن أيام حيضها المعتادة لها يعتبر استحاضة، وهذا يختلف باختلاف عادة كل حائض إذا استمر نزول الدم عليها بعد أيام حيضها المعتاد لها، وقد سبق الكلام في الحيض.(١)

(٥) (والإحياء) أي إحياء الموات، وهو عمارة الأرض الميتة، تشبيهاً لعمارة الأرض الميتة بالإحياء الذي هو إدخال الروح في الجسد بجامع النفع في كل منهما، واستعار الإحياء من المشبه به للمشبه على طريق الاستعارة التصريحية الأصلية، أو تشبيهاً للأرض الميتة بالميت بجامع عدم النفع في كل منهما، وحذفوا لفظ المشبه به ورمزوا بشيء من لوازمه وهو الإحياء على طريق الاستعارة بالكناية، وذكر الإحياء تخييل، وهو قرينة الاستعارة بالكناية، ويقال في اللغة ماتت الأرض مواتاً: خلت من العمارة والسكان، فهي موات، تسمية

---

(١)- ينظر ص ١٤٨ وما بعدها.

بالمصدر، وقيل: الموات: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد. [1] فإذا كانت الأرض لا مالك لها، أو لا يعرف لها مالك معين، وكانت بعيدة عن العمران جاز إحياؤها. ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له، كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له)، ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما في سائر المباحات كالحطب والصيد. [2]

وصفة الإحياء وكيفيته ما كان في العادة عبارة للأرض المحياة، فلا يملكها من أحياها إلا بما اعتاده الناس، وجرى عليه العرف أنه إحياء، وهذا يختلف باختلاف الغرض المقصود من الإحياء، فإذا أراد المحيي إحياء الموات محلاً للسكنى بأن يجعله بيتاً فإنه يشترط فيه تحويط البقعة ببناء حيطانها بما جرت به عادة ذلك المكان، من حجارة، أو آجر، أو قصب ونحوه، ويشترط أيضاً سقف بعضها، أو نصب باب. أما إن أراد المحيي إحياء الموات حظيرة للمواشي، فيكتفى بتحويطه ببناء ونصب باب، ولا يشترط السقف، وإن أراد إحياء الموات للزراعة فيشترط فيها ثلاثة أشياء جمع التراب حولها وتسوية

---

(1) ينظر: الباجوري على ابن قاسم حـ٢ ص٣٧، ٣٨. والمصباح المنير حـ٢ـ الميم مع الواو وما يثلثهما (موت) مختار الصحاح ـ باب الميم (موت).

(2) ينظر: الهداية وفتح القدير وشروحها حـ٨ ص١٣٦ ـ ١٣٢، والباجوري على ابن قاسم حـ٢ ص٤٠، ٤١.

الأرض مع حرثها إن كانت لا تزرع إلا بالحرث، وترتيب ماء لها، بشق ساقية من حفر قناة أو حفر بئر ونحو ذلك، ولا يشترط فيها الزرع بالفعل، لأنها تسمى مزرعة عرفا ولو لم يكن بها زرع فعلا، بل العرف يكتفي بتهيئتها للزراعة.

وإن أراد إحياءها بستانا، فيشترط ثلاثة شروط: جمع التراب، والتحويط حول أرض البستان، إن جرت به العادة، والغرس على المذهب [1]

وبهذا يتضح أن الإحياء في كيفيته قد بني على العرف حيث لم يحدد الشرع كيفيته، ولم تحدد اللغة مدلوله، فكان لابد من الرجوع إلى العرف وما اعتاده الناس.

(٦) (الاستيلاء في الغصب) قد سبق تعريف الغصب وبيان بعض أحكامه، [2] وقلنا إن كيفية الاستيلاء على الشيء المغصوب لم يحددها الشرع، ولم تجعل اللغة لها ضابطا، وإن كان الشرع قد بين حكمه، فكان لابد من الرجوع إلى العرف والعادة في تحديد كيف يتم الاستيلاء على الشيء المغصوب، لأن ضمان المغصوب إنما يكون بعد الاستيلاء عليه، وقد يكون الاستيلاء عليه بوضعه في حقيبة يحملها في يده، أو بوضعه في جيب بملابسه، أو إدخاله بيته، أو غير ذلك كما سبق توضيحه.

(٧) (والاكتفاء في نية الصلاة بالمقارنة العرفية، بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووي وغيره)، العمل لا يعتبر

(١) الباجوري على ابن قاسم حـ٢ ص٤٠، ٤١، ٤٢.
(٢) ينظر ص ١٦١ من هذا الكتاب.

شرعا إلا إذا كان مقترنا بالنية ، لأنها الباعث الاختيارى على الفعل ، وليكون خالصا لله تعالى من كل شائبة للرياء ، وتكون بقصد فعل الشئ ، ولابد أن يكون هذا القصد مقارنا للفعل ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى) الخ ، فالنية هى : قصد الشئ مقترنا بفعله ، أما العزم فهو : أن يتراخى الفعل عن القصد . ومقارنة النية للفعل تكون إما مقارنة حقيقية بأن يستحضر الإنسان أول أجزاء الفعل بمجرد الشروع فى أدائه ، وإما مقارنة عرفية بأن يستحضر الإنسان هيئة الفعل جملة عند النية وقصده الفعل .

ولما كان الحديث الشريف قد أطلق ، ولم يوضح كيفية النية ، وهل لابد من المقارنة الحقيقية للنية مع الفعل أم يكفى المقارنة العرفية ، وكذلك لم تحدد اللغة حقيقة المقارنة بين النية والفعل ، كانت المقارنة الحقيقية غير لازمة ، ويكتفى بالمقارنة العرفية بين النية والصلاة ، بأن يستحضر المصلى هيئة الصلاة جملة عند النية ، لإطلاق الحديث ، حيث لم يحدد وضعا معينا ، فيكتفى بما يحقق النية فى أى وضع ، وخاصة وأن تحقق المقارنة الحقيقية قد يكون فيها مشقة .

قال السيوطى : (وقالوا فى الأيمان : إنها تبنى أولا على اللغة ، ثم على العرف ، وخرجوا عن ذلك فى مواضع ، لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لا ضابط لها فى الشرع ولا فى اللغة ، منها المعاطاة

على أصل المذهب، لا يصح البيع بها ، ولو اعتيدت لا جرم أن النووى قال : المختار الراجح دليلا الصحة ، لأنه لم يصح فى الشرع اعتبار لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف ،كغيره من الألفاظ) .

معنى هذا أن الأيمان قالوا فيها إنها تبنى أولا على اللغة إن كانت منضبطة ، ثم على العرف عند عدم انضباط اللغة.

وقد خرجوا عن ذلك فى مواضع لم يعتبروا فيها العرف مع أنها لا ضابط لها فى الشرع ولا فى اللغة منها :

(١) (المعاطاة) وقد سبق الكلام عليها ،[١] ووضحنا أن الشافعية ثلاثة آراء فى حكم التعامل بالمعاطاة ، وأصل المذهب أنه لا يصح البيع بها ، ولو كانت معتادة وتعارفها الناس فى تعاملهم ، لعدم وجود صيغة الإيجاب والقبول التى يتم بها عقد البيع، مع أن الأصل على مقتضى قاعدة (كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ، ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف) أن يحكم العرف، ويكون الحكم بصحة المعاطاة لا بعدم صحة البيع بها ، لأنه لا ضابط لها فى الشرع ولا فى اللغة.

---

(١) ينظر ص ١٥٩ من هذا الكتاب.

وقال النووي: إن بيع المعاطاة يصح ؛ لأن صحته دليلها راجح ، فيكون القول بالصحة هو المختار ، لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فكان الواجب هو الرجوع إلى العرف مثل غيره من سائر الألفاظ. ومعنى قوله (لاجرم) أي لا بد ولا محالة ، وهذا أصل معناها ، ثم استعملت بمعنى القَسَم أي (حقا) ويجاب عنها باللام (لأَفْعَلَنَّ) وإذا كانت بمعنى القَسَم، لزمه عند الحنث كفارة يمين.

(٢) (ومنها : مسألة استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئا إذا لم يشرطوه في الأصح). قد سبق القول في هذه المسألة وبيان آراء العلماء في استحقاق الصانع الأجر عند عدم اشتراطه،[1] والأصل أن يُحكَّم العرف، حيث لا ضابط لهذه المسألة في اللغة ولا في الشرع، إلا أنه جرى هنا على أن الأصح هو عدم اعتبار العرف، فالمقابل للأصح هو الصحيح الذي هو اعتبار العرف، وهو الراجح.

ولم يذكر السيوطي مقابل الأُصح ، لأنه يحكم العرف ويتمشى مع القاعدة ، أما الأُصح فقد خرج عن القاعدة ، ولم يحكم العرف مع أن المسألة ليس لها ضابط في الشرع ولا في اللغة.

---

(١) ينظر ص ١٥٩ ، ١٦٠ من هذا الكتاب.

(٣) (ومن أمثلة ذلك أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ، أو قصار ليقصره ، أو جلس بين يدى حلاق فحلق رأسه ، أو دلاك فدلكه ، أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل وأما دخول الحمام فإنه يوجب الأجرة وإن لم يجر لها ذكر قطعا ، لأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكونه ، وهناك صاحب المنفعة صرفها).

سبق أن بينا حكم بعض هذه المسائل [1] وآراء العلماء في مسألة دفع الثوب إلى الخياط ليخيطه ولم يذكر أجرا مطلقا الخ :

وهو هنا يبين أن المسائل التي لم يعتبروا فيها العرف مع أنه لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة ما يلي :

إذا دفع ثوبا لخياط يخيطه ولم يذكر أجرا مطلقا ، أو قصار ليقصر له ثوبا ولم يذكر له أجرا ، أو جلس بين يدى حلاق فحلق له رأسه ولم يذكر له أجرا ، أو جلس بين يدى دلاك فدلك له جسمه ، أو دخل سفينة بإذن صاحبها وسارت به حتى وصل إلى الساحل ، فإنه في كل هذه المسائل نجد أن صاحب الحرفة قد بذلها الشخص الذى انتفع بها ، فهو متبرع له بها ، لأنه قد أعطى المنفعة لمن انتفع بها ، فهو باذل لها ، فيكون متبرعا ، فلا يستحق أجرا على ما تبرع به لغيره.

---

(١) ينظر ص ١٠٩ ، ١٦٠ ، ١٦٤ من هذا الكتاب.

أما فى مسألة دخول الحمام فإنه يجب فيها الأجرة مع أنه لم يجر لها تسمية مطلقا ، لأن من يدخل الحمام يكون قد استوفى المنفعة بنفسه ، وأخذها وهو ساكت ، ولم يذكر أجرا مطلقا ، فيعتبر قد استوفى المنفعة بنفسه ، ولم يبذلها له صاحب الحمام ، فلا يعتبر متبرعا ، وهذا هو الفرق بين جميع المسائل السابقة ، وبين مسألة دخول الحمام.

(٤) (ومنها : لم يرجعوا فى ضبط موالاة الوضوء وخفة الشعر وكثافته للعرف فى الأصح ، ولا فى ضابط فى التبذير) سبق أن تكلمنا فى ضبط الموالاة بين أعضاء الوضوء ، وبم تتحقق ، وحكمها. (١)

وأما بالنسبة لتحديد الفرق بين اللحية الكثيفة واللحية الخفيفة فقد اختلف فيه علماء الشافعية إلى ثلاثة آراء هى :

الرأى الأول : أن اللحية الخفيفة هى التى يعتبرها الناس خفيفة ، واللحية الكثيفة هى التى يعتبرها الناس كثيفة ، فالمرجع فى تحديد الفرق بين اللحية الخفيفة واللحية الكثيفة هو العرف والعادة وقد ذكر هذا الرأى القاضى حسين. ولكن جمهور الشافعية قالوا إنه رأى غريب .

---

(١) ينظر ص١٢٢ - ١٥٣ من هذا الكتاب.

الرأى الثاني: أن اللحية الخفيفة هى التي يصل الماء إلى البشرة تحتها بدون مشقة ، وأن الكثيفة هى التي لا يصل الماء إلى البشرة تحتها إلا بمشقة وصعوبة ، وهذا هو رأى الخراسانيين.

الرأى الثالث: أن اللحية الخفيفة هى التي لا يستر شعرها البشرة من تحتها ، بحيث يمكن رؤية البشرة من خلال اللحية في مجلس التخاطب ، وأن الكثيفة هى التي يستر شعرها البشرة من تحتها عن الناظر في مجلس التخاطب ، وقال بهذا الرأى العراقيون والبغوى وغيرهم ، ويدل عليه ظاهر نص الإمام الشافعى ، وهو أصح الآراء عند الشافعية ، وعليه جمهور العلماء في المذاهب الأخرى.

وما قالوه بالنسبة للموالاة في الوضوء ، أو بالنسبة لتحديد البشرة الخفيفة والبشرة الكثيفة ، هو راجع إلى اعتبار العرف ، لأنه هو الذي يقضى بذلك ، لأن الشرع لم يحدد معنى الموالاة ، ولا اللحية الخفيفة من الثقيلة ، وبهذا يكون إيراد هاتين المسألتين في الخارج عن القاعدة غير سديد ، لأنهما لم يخرجا عن القاعدة.

فعلى ما قاله السيوطى يكون الأصح أن المسألتين غير مبنيتين على العرف ، ويقابله الصحيح وهو أنهما يعتبر فيهما العرف ، ولكن يمكننا أن نقول : إن الأصح أنهما مبنيان على العرف ، لأنه هو الذى قضى بذلك ، كما سبق توضيحه.

قوله (ولا ضابط فى التبذير) التبذير منهى عنه لقوله تعالى (إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين)• (١)

وقوله (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا)• (٢)

واللغة تحدد التبذير بأنه: تفريق المال إسرافا من غير اقتصاد فيه (٣) فهو فى اللغة ليس له معيار محدد • وكذلك فى الشرع لم يوضع له ضابط محدد • فكان لابد من الرجوع إلى العرف فى تحديد التبذير الذى به يترتب عليه حكمه •

انتهى الكتاب الأول فى شرح القواعد التى اتفق العلماء على أن جميع مسائل الفقه تعود اليها •

ويليه بإذن الله تعالى الكتاب الثانى فى قواعد كلية يتفرع عليها مالا ينحصر من الصور الجزئية •

---

(١) الآية رقم ٢٧ من سورة الاسراء•
(٢) الآية رقم ٢٩ من سورة الاسراء•
(٣) المصباح المنير ج١ باب الباء مع الذال ومايثلثهما (بذر) ومختار الصحاح باب الباء (بذر)•

قواعد كلية يتخرج عليها مالا ينحصر من الصور الجزئية

القاعدة الأولى

(الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد)

بعد أن ذكر القواعد الخمس التي ذكر العلماء أن جميع مسائل الفقه ترجع إليها ، وانتهى من شرحها ، ذكر قواعد كلية أخرى ينطبق حكم كل منها على مالا ينحصر من الصور الجزئية ، وهي مايلي :ـ

القاعدة الأولى : الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد

معنى الاجتهاد لغة : هو بذل الإنسان وسعه وطاقته للوصول إلى حقيقة أمر من الأمور التي لاسبيل إلى الكشف عن حقيقتها إلا بمشقة وكلفة ، ولذلك يقال : اجتهد في حمل الحجر الكبير ، ولا يقال : اجتهد في حمل حصاة.(1)

تعريفه عند علماء الأصول :(هو بذل الفقيه وسعه في استنباط الحكم الشرعي العملي من الدليل التفصيلي) والدليل التفصيلي : هو الذي يتعلق بمسألة بخصوصها ، ويدل على حكم معين ، كقوله تعالى : "(حرمت عليكم أمهاتكم)(2) ، لأنه يتعلق بمسألة مخصوصة ، وهي زواج الأمهات ، ويدل على حكم معين ، وهو حرمة زواج الأمهات .

(1) ينظر المصباح المنير جـ١ ص١٢٦ (الجيم مع الهاء وما يثلثهما ـ جهد) .

(2) الآية رقم ٢٣ من سورة النساء .

والمقصود بالفقيه هنا: هو من يتمكن من استنباط الأحكام العملية من الأدلة الشرعية • أما من يعرف الأحكام الشرعية لكن ليس لديه القدرة على استنباط الحكم الشرعي العملي من الدليل الشرعي فلا يطلق عليه فقيه ولا مجتهد ولا مفتي ، رغم أنه قد يكون حافظا لكثير من مسائل الفقه الفرعية ،ولهذا لا يعتبر اجتهاده•

والاجتهاد قد يكون فرض عين في حالتين :ـ

(١) إذا نزلت بالمجتهد مسألة فرض عليه أن يجتهد فيها ليصل إلى حكمها ، لأنه لا يجوز له أن يقلد لا في حق نفسه ولا في حق غيره•

(٢) اذا نزلت بغير المجتهد مسألة ، وتعين المجتهد للحكم فيها لضيق الوقت ، ولا يوجد سواه في مكان المسألة ، فإنه يفرض عليه في هذه الحالة أن يجتهد في المسألة ، ويصدر حكمه فيها .

وقد يكون الاجتهاد فرض كفاية في حالتين أيضا :ـ

(١) إذا نزلت مسألة بشخص وسأل أحد المجتهدين عن حكمها كانت الإجابة فرض عين على جميع المجتهدين ، إذا أجاب أحدهم سقط الفرض عن الباقين ، وإذا لم يجب واحد منهم أثموا جميعا ، إلا إذا كانت الإجابة قد التبست عليهم ، فيكون لهم العذر ، ولا إثم عليهم ، ولا يسقط عنهم طلب الجواب حتى يجيب أحدهم•

(٢) أن يكون الحكم مترددا بين قاضيين يشتركان في النطق به ، فيكون الاجتهاد فرضا مشتركا بينهما ، إذا تفرد أحدهما بالحكم سقط الفرض عن الآخر•

وقد يكون الاجتهاد مندوبا في حالتين كذلك :ـ

(١) أن يجتهد الفقيه في المسألة قبل وقوعها ، ليعرف الحكم قبل أن تحدث .

(٢) أن يستفتي شخص المجتهد في واقعة لم تحدث ، فيصدر المجتهد حكمه فيها قبل نزولها .

محل الاجتهاد مايلي :

(١) مالانص فيه أصلا .

(٢) مافيه نص قطعي الورود ظني الدلالة .

(٣) مافيه نص ظني الورود والدلالة .

(٤) مافيه نص ظني الورود قطعي الدلالة .

شرح القاعدة :

قوله (الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد) المراد بالاجتهاد هنا : هو إعمال الذهن ليصل إلى الحكم المطلوب ، وبذل المكلف وسعه للوصول

إلى أمر شرعي ، فهو أعم من الاجتهاد عند الأصوليين، وهذا لا ينقض ولا يبطل بالاجتهاد ،فإذا وجد اجتهاد ثم تغير باجتهاد آخر فلا يبطل الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني ، ولكن يعمل بالاجتهاد الثاني في المستقبل ، ويظل الاجتهاد الأول منتجا لآثاره على ماكان عليه.

دليل القاعدة :

قال السيوطي : (والأصل في ذلك) أي الدليل على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد مايلي :ـ

(١) (إجماع الصحابة رضي الله عنهم . نقله ابن الصباغ) .
فقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، وقد نقل هذا الإجماع ابن الصباغ.

(٢) (أن أبا بكر حكم في مسائل خالفه عمر فيها ،ولم ينقض حكمه) من هذه المسائل أن أبا بكر رضي الله عنه كان يسوي بين المسلمين في عطائه من بيت المال لهم ، ولا يفضل أحدا على أحد لفضل أو مكرمه ، فكان يعطي المسلم الذي قاتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المسلم الذي قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يسلم ، لأن الذي يأخذونه جميعا من بيت المال شيء يتعلق بأمور الدنيا ،وهم متساوون في هذا ، أما مايعود إلى أمور الدين فحسابه عند الله تعالى وقد خالفه عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هذا ،وقال : والله لا أسوي بين من قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين من قاتل معه ، وزاد في العطاء

لمن كان لهم فضل وسبق فى الاسلام لكن لم يبطل مافعله أبو بكر رضى الله عنه ، وتركه على ماكان ، ولم يمسه ، وهذا يدل على أن الاجتهاد الثانى من عمر بن الخطاب لم ينقض الاجتهاد الأول من أبى بكر رضى الله عنهما .

(٣) (وحكم عمر فى المشركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة ، وقال : ذلك على ماقضينا وهذا على ماقضينا ، وقضى فى الجد قضايا مختلفة) المسألة المشركة هى المسألة الحجرية التى ماتت فيها امرأة وتركت زوجا وأما وأخوين لأم وإخوة أشقاء ، فقد قضى فيها عمر بن الخطاب بحرمان الإخوة الأشقاء من الميراث ، فناقشه بعضهم قائلا : هب أن أبانا حجرا ملقى فى اليم أليست أمنا واحدة ؟ ولذلك سميت بالحجرية ، فلما عرضت عليه بعد ذلك مسألة أخرى مشابهة لها قضى بأن الإخوة الأشقاء يقاسمون الإخوة لأم فى الثلث ، فلما سئل عن ذلك ، وأنه لم يشركهم فيما مضى فكيف يشركهم الآن قال : ذلك على ماقضينا (أى سابقا) وهذا على ماقضينا (أى الآن) .

وقضى عمر أيضا فى الجد تارة بأن ينزله منزلة الأب فيعطيه الثلث ، وتاره يأخذ بالمقاسمه وتارة يأخذ بالأفضل له ، ومع تغير الاجتهاد فإن اللاحق لم يبطل الاجتهاد السابق له ، فالاجتهاد بالثلث لم يبطله الاجتهاد بالمقاسمة ، والاجتهاد بالمقاسمة لم يبطله الاجتهاد بالأفضل ، فالاجتهاد لم ينقض بالاجتهاد .

وينبغى أن يفسر على هذا قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأبى موسى الأشعرى فى كتابه له : لايمنعك قضاء قضيته بالأمس ، فراجعت

فيه عقلك ، وهديت فيه إلى رشدك ، أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

(٤) (يعلمه أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الأول ، فإنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم ، وفي ذلك مشقة شديدة ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جرا) ، قوله : يعلمه : أي الدليل العقلي على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد أن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول ، لأن كلا منهما ظني ، ولا يوجد ما يرجح أحدهما على الآخر ، لأن هذا يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام ، وفي هذا مشقة كبيرة بما يترتب عليه من نقض جميع الأحكام ، لأنه إذا نقض الحكم الثابت بالاجتهاد الأول بالحكم الثابت بالاجتهاد الثاني ، فإن الثاني أيضا يمكن نقضه بالثالث ، وهكذا ، فلا يستقر حكم مطلقا .

وإنما لا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني إذا لم يتبين خطأ الاجتهاد الأول ، لتساويهما حينئذ ، وعدم وجود مرجح للثاني حتى ينقض الأول ، لكن يعمل بالثاني فيما يستقبل ، لأنه نظر جديد يتعلق بالواقعة ، فإذا تبين خطأ الأول بأن كان مخالفا للنص أو الإجماع أو القياس الجلي فيحكم بنقضه لظهور بطلانه .

(ومن فروع ذلك) ما يلي :ـ

(١) (لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني ، ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء) .

استقبال القبلة شرط فى صحة الصلاة ،لقوله تعالى : (قد نرى تقلب وجهك فى السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره) • (١)

ويتحقق استقبال القبلة بإصابة عينها لا جهتها على المعتمد عند الشافعية ، ويكون استقبالها عينا يقينا للقريب منها ، ويكون استقبالها عينا ظنا للبعيد عنها ،ولابد من إصابة جرمها حقيقة أو حكما عندهم(٢)

وقال الأحناف والمالكية : إن استقبال القبلة يتحقق بإصابة عينها لمن كان حولها بمكة ، أما من كان بعيدا عنها فإنه يستقبل جهتها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بالمسجد الحرام متوجها إلى الكعبة قبل الهجرة ،ولما استقر بالمدينة بعد الهجرة أمره الله تعالى والمؤمنين معه بالتوجه شطر المسجد الحرام وليس إلى الكعبة ، وهذا يدل على أن إصابة عين الكعبة لا تلزم الغائب البعيد عنها ، لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع ،كما قال سبحانه (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) • (٣)

ومن اشتبهت عليه القبلة فإن وجد أحدا يسأله من أهل المكان وجب عليه أن يسأله عن جهة القبلة ، فإن لم يجد أحدا يسأله فإنه

---

(١) الآية رقم ١٤٤ من سورة البقرة•
(٢) ينظر حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ١ ص١٤٧•
(٣) الآية الاخيرة من سورة البقرة•

يجتهد ويتحرى جهة القبلة ، لأن الصحابة رضوان الله عنهم قد تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولأن العمل بالدليل الظاهر واجب مادام لا يوجد دليل أقوى منه ، والاستخبار من الغير أقوى من اجتهاده وتحريه بنفسه ، ولهذا لو صلى بدون اجتهاد لأنه لم يجد أحدا يسأله فإنه يعيد الصلاة ، إلا إذا كان قد علم بعد انتهائه منها أنه قد أصاب في اتجاهه بدون أن يجتهد ويتحرى بنفسه.

فإن اجتهد وتحرى جهة القبلة ثم صلى وأثناء صلاته علم أنه قد أخطأ في اتجاهه إلى القبلة ، فإنه يستدير إلى القبلة ، ويكمل صلاته ، وهذا ما فعله أهل قباء حينما علموا بتحويل القبلة أثناء الصلاة ، فقد استداروا على هيئتهم التي كانوا عليها إلى القبلة ، ولما علم الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك استحسن ما صنعوه.

ولو اجتهد وصلى بعد التحري إلى الجهة التي اهتدى إليها باجتهاده ، ثم تغير رأيه أثناء صلاته إلى جهة أخرى ، فإنه يتجه إلى الجهة الأخرى ، لأن العمل بالاجتهاد الأخير واجب فيما يستقبل من الصلاة ، ويبنى على ما أداه من الصلاة بالاجتهاد الأول ، لأن الاجتهاد الجديد مثل الناسخ الذي يظهر أثره في المستقبل لا في الماضي ، ولا يعيد الصلاة ، حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد في كل منها ، لأن الاجتهاد في كل منها لا ينقض ما قبله.

أما إذا علم بأنه قد أخطأ في اجتهاده بعد أن فرغ من صلاته ، فقال الشافعية : إذا كان قد أدى الصلاة وهو مستدبر القبلة فإنه يعيدها ،

لتيقن خطئه حينئذ ، قياسا على ما إذا صلى فى ثوب ثم ظهرت بـــه نجاسة بعد انتهائه من الصلاة فإنه يعيدها باتفاق .

وقال الأحناف والحنابلـــة :- لا يعيد الصلاة مطلقـــا ، لأن التكليف إنما يكون بحسب الوسع ، وقد بذل ما فى وسعه بالتحـــرى والاجتهاد ، والفرق بين حالة خطئه فى التحرى وبين حالة صلاته فـــى ثوب اتضح أن به نجاسة أن فى حالة النجاسة يمكنه الوقوف عليها حســـا ومشاهدة ، والاستقصاء هنا مبنى على دليل ظاهر ، وكان يمكنـــه الاستقصاء قبل الصلاة بمشاهدة النجاسة ليتحاشاها أما فى حالة تحـــرى القبلة فليس فيها دليل ظاهر ، فلا يتصور منه تقصير كما فى حالة وجـــود النجاسة ، وقد حدث تحول فى القبلة من بيت المقدس بالشام إلـــى عين الكعبة ثم إلى جهتها ثم إلى جهة التحرى عند اشتباهه فيها ، وفـــى كل هذه الحالات صحت الصلاة ، ولم تعد ، بخلاف النجاســـة فإنه لم يثبت فيها مثل هذا التحول شرعا . (١)

(٢) (ومنها : لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءيـــن ، فاستعمله وترك الآخر ، ثم تغير ظنه لا يعمل بالثانى ، بل يتيمـــم) ، لو رأى شخص نجاسة تقع فى أحد إناءين بهما ماء فظن أنها قد وقعـــت فى الإناء الأول ولم تقع فى الإناء الثانى ، فاستعمل الماء من الإنـــاء

---

(١) ينظر فتح القدير جـ١ ص١٨٨ ـ ١٩١ وكشاف القناع جـ١ ص٣١١ـ ٣١٢ وحاشية الدسوقى جـ١ ص٢٢٣ ـ ٢٢٤ .

الثانى ولم يستعمل من الإناء الأول ، ثم تغير ظنه إلى العكس فلا يعمل باجتهاده الثانى ، بل يترك الإناءين ويتيمم ، لأن اجتهاده الثانى ظن لا يترجح على اجتهاده الأول وهو ظن مثله أيضا ، حيث لا يوجد مرجح . وهذا مبنىّ على اعتبار أن التحرى والاجتهاد واجب عليه ، أما على رأى من يقول بأنه لا يجب عليه التحرى والاجتهاد ، حيث قد ظن طهارة أحد الإناءين وظن احتمال النجاسة فى الثانى فيريق الإناء ويتيمم .

(٣) (ومنها : لو شهد الفاسق فردت شهادته فتاب وأعادها لم تقبل ، لأن قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، كذا علله فى التتمة) .

الفاسق : هو الذى يرتكب كبيرة أو يصر على فعل صغيرة ، فلو تقدم للشهادة فى واقعة فطعن الخصم بفسقه وثبت فسقه ، وردت شهادته ، ثم تاب بعد ذلك ، وأعاد الشهادة فى نفس الواقعة لا تقبل شهادته ، لأن الحكم بفسقه كان باجتهاد ، وقبول شهادته بعد التوبة باجتهاد آخر ، فإذا قبل القاضى شهادته بعد ذلك يكون قد نقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثانى فى نفس الحادثة ، وهذا تعليل المتولى فى التتمة .

وقد علل الحمولى بتعليل آخر وهو أن القاضى لو قبل شهادته فى نفس الحادثة بعد توبته فإن التهمة تتجه للقاضى ، وتتزعزع فيه ثقة الناس ، وفى هذا فساد كبير .

أما اذا أختلفت الواقعة وشهد الفاسق بعد توبته ، فإن شهادته تقبل ، لأنه حينئذ لايكون اجتهادا ثانيا ، فلا يكون نقضا لاجتهـــاد باجتهاد آخر.

(٤) (ومنها : لو ألحقه القائف بأحد المتداعيين ، ثم رجـــع وألحقه بالآخر لم يقبـل).

القائف في اللغة : (هو من يتتبع الأثر ، وهو الذي يلحق النسب عند الاشتباه بما أودعه الله تعالى فيه من علم وبصيرة). (1)

والقيافة من خواص العرب ، لأن الذكاء فيهم أكثر من غيرهم من الأمم ، وقد أقر الشرع العمل بالقيافة ، فقد قالت السيدة عائشة رضي الله عنها : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه ، فقال : ألم تري عائشة أن مجززا نظر إلى زيد بن حارثة وأسامة فقال : هـــذه الأقدام بعضها من بعض ، وأقر النبي صلى الله عليه وسلم ما قضى بـــه القائف ، فكانت القيافة من الأدلة الشرعية التي يثبت بها النسب عنـــد الاشتباه.

فلو ادعى شخصان نسب ولد لكل منهما ، فألحق القائف الولد بأحدهما بعد اجتهاده بما عنده من علم ، ثم تغير اجتهاده ، وتغير ظنه ، وألحقه بالمتداعي الآخر ، فإنه لايقبل اجتهاده الثاني ، لأن الاجتهاد الأول لاينقض بالاجتهاد الثاني ، لأنه ليس بأقوى منه.

---

(1) ينظر المصباح المنير ج٢ ص٨٠١ (القاف مع الواو وما يثلثهما – قوف).

(٥) (ومنها : لو ألحقه قائف بأحد هما ، فجاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحق به ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) ، وهذه المسألة تتفق مع المسألة السابقة في الحكم بعدم نقض الاجتهاد الثاني للاجتهاد الأول ، وإن اختلفت المسألة السابقة عن هذه المسألة في أن الإلحاق في الأولى كان من قائف واحد للشخص الأول ثم للثاني ، أما في المسألة الثانية فمن قائفين ، والحكم في كل منهما أنه لا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني ، لأن الثاني ليس بأقوى من الأول .

(٦) (ومنها : لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده ، لم ينقض الأول وإن كان الثاني أقوى ، غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف مالو تيقن الخطأ) .

إذا حكم القاضي في واقعة بحكم ثم تغير اجتهاده ، لم ينقض اجتهاده الأول ، ولو كان الظن الثاني أقوى ، لأن كلا الاجتهادين لم يصل إلى مرتبة اليقين ، فلا يرجح الثاني على الأول لكنه لو حكم في واقعة أخرى جديدة مشابهة للأولى بحكم يخالف حكم الأولى لتغير رأيه واجتهاده ، فإنه لا يحكم إلا بالثاني لقوته عن الأول ، إلا إذا تبين الخطأ ، وتحقق منه بأن كان الحكم الأول قد بني على خلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي فإنه ينقض .

ويدل على هذا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر عليه رجل كان يقصد شريحا القاضي ليقضي بينه وبين خصمه فلما قضى شريح وعاد الرجل سأله عمر ، فأخبره بما قضى به شريح وأنه حكم عليه ، فقال عمر : لو

كنت مكانه لقضيت لك ، فقال له الرجل : فماذا يمنعك وأنت أمير المؤمنين ، فقال عمر : إنه الرأي . فصنيع عمر يدل على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

وقد روى أن العز بن عبد السلام أفتى في مسألة بفتوى ثم تبين له الخطأ فيها ، فأمر مناديا يقول للناس : إن من أفتاه العز بن عبد السلام بفتوى كذا فلا يعمل بها ، لأنه قد تبين له خطؤها .

وبهذا يتضح أن القاضي أو المفتي إذا تبين له الخطأ فيما قضى به أو أفتى لمخالفته لنص أو إجماع أو قياس جلي فإنه يجب عليه أن يرجع إلى الصواب . والقياس الجلي هو ما قطع فيه بعدم وجود فارق بين المقيس والمقيس عليه في نفس العلة ، مثل قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) [1] فقياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء في كل منهما قياس جلي ، لأنه أوضح وأقوى في الضرب .

(٢) (ومنها : حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها لا ينقض) أي إن المسائل التي ثبت فيها الحكم بالاجتهاد ، وكان لكل مجتهد فيها حكم يخالف الحكم الذي وصل إليه غيره باجتهاده ، فإذا حكم الحاكم بأحد هذه الأحكام الاجتهادية فإنه لا ينقض بما وصل إليه المجتهد الآخر ، ما لم يكن مخالفا لنص أو إجماع أو قياس جلي ، وعلى هذا فما يراه الإمام الشافعي باجتهاده ، لا ينقض ما قضى به الإمام أبو حنيفه ولا الإمام مالك ولا الإمام أحمد بن حنبل وغيرهم ...

---

(١) من الآية رقم ٢٣ من سورة الإسراء .

(ولذلك أمثلة منها :)

أولا : (الحكم بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس) :

اللعان من اللعن ، وهو لغة : البعد والطرد [1] ، واللعـــان شرعا : كلمات مخصوصة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه ، وألحق العار به ، وإذا قذف الزوج زوجته ، ورماها بالزنا فعليه حـــد القذف ثمانون جلدة ، إلا إذا أتى بالبينة أو يلاعن الزوجة المقذوفة ، فيقول عند الحاكم : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة من الزنا ، وأن هذا الولد من الزنا ، وليس مني (إذا كــــان يوجد ولد) ويكرر هذه الألفاظ أربع مرات ، ثم يقول في الخامســـة : وعليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا .

وشروط اللعان أربعة :

١) سبق قذف الزوجة ، ليكون السبب متقدما على المسبب .
٢) تلقين القاضي أو من ينوب عنه .
٣) تتابع كلمات اللعـــان .
٤) أن لا يبدل لفظا بلفـــظ .

ويسقط الحد عن الزوجة أن تُلاعِنَ الزوج بعد تمام لعانه بقولها : أشهد بالله أن زوجي فلانا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتكرر هذا أربع مرات ، ثم بعدها تقول في الخامسة : وعليّ غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا .

---

(١) ينظر المصباح المنير ج٢ ص ٨٥٤ (اللام والعين وما يثلثهما ـ لعن) وينظر ص ٩٤ من هذا الكتاب .

ويترتب على هذا اللعان خمسة أحكام هي :ـ

(١) سقوط حد القذف عن الزوج الملاعن إن كانت الزوجة محصنة ، وسقوط التعزير عنه إن كانت غير محصنة .

(٢) زوال الفراش بالفرقة المؤبدة .

(٣) نفي نسب الولد عن الملاعن أما الملاعنة فلا ينتفي نسبه عنها .

(٤) تحريم الملاعنة تحريما مؤبدا ، فلا يحل للملاعن وطؤها بنكاح ولا بملك يمين .

(٥) إذا لم تلاعن الزوجة وجب عليها حد الزنا .

(٦) إذا لم تلاعن سقطت حصانتها في حق الزوج ، حتى إنه لو قذفها بعد ذلك لا يحد .

وقد شرع اللعان ليقوم مقام البينة والشهادة ، ونصاب الشهادة في الزنا أربعة ، وتقوم الشهادات الأربع من الزوج أو الزوجة في اللعان مقام الأربعة شهود ، ولذلك قال الشافعية والمالكية ـ لا يكفي في اللعان أقل من الكلمات الخمس من الزوج ومن الزوجة .

وقال الأحناف والحنابلة : يكفي أكثر الكلمات الخمس . (١)

وعلى هذا فلو قضى قاض ممن يرى الاكتفاء بأكثر الكلمات الخمس ، وحكم بالتفريق بين الزوجين فإنه لا يحق لمن يرى أنه لابد من الكلمات

---

(١) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم جـ٢ ص ١٦٨ ـ ١٧٢ وحاشية الدسوقي جـ٢ ص ٢٦٤ وكشاف القناع جـ٥ ص ٣٩١ .

الخمس أن يعترض ويقول ببطلان هذا الحكم حيث قد بنى على أقل من الخمس ، لأن الآية ليس فيها مايوجب الخمس ، ولأن من قال بتمام الخمس مجتهد ومن قال بالاكتفاء بأكثر الكلمات الخمس مجتهد مثله ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

ثانيا : (ببطلان خيار المجلس) : سبق أن تكلمنا عن خيار المجلس وأن الشافعية والحنابلة أثبتوه ، وأن الأحناف والمالكية قالوا : إن عقد البيع يتم بالإيجاب والقبول ويكون لازما للمتبايعين ، ولا يكون فيه خيار المجلس ، وإنما يكون فيه خيار العيب أو الرؤية إذا لم يكن قد رأى المبيع ، ولكل منهما أدلته.[1]

فلو قضى قاض بثبوت خيار المجلس على مذهب الإمام الشافعي فلا يحق لمن يقول بعدم ثبوته على رأي الإمام أبي حنيفه أن ينقض هذا الحكم ، لأن كلا الرأيين ظني ، لعدم وجود نص ، فهو اجتهاد والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

ثالثا : (والعرايا) : سبق أن تكلمنا في العرايا[2] ، وقلنا إنها مباحة للضرورة ، وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ، إلا أن البعض توسع فيها بعد أن كانت الرخصة للفقراء تعداها إلى غيرهم من الأغنياء ، لأن الإذن من الرسول صلى الله عليه وسلم عام ، والعبرة بعموم اللفظ

---

(١) ينظر ص٤٣ - ٤٤ من هذا الكتاب .
(٢) ينظر ص٩٠ - ٩٢ من هذا الكتاب .

لايخصوص السبب ، والبعض قد قصرها على الفقراء فلا تجوز للأغنيـــاء ،
والبعض نعها وقال : لاتجوز للجهل بالمماثلة مما يكون ذريعة إلى الربا ،
فلو أجاز العرية شافعى وأباح البيع فلايجوز لغيره نقض هذا الحكـــم ،
لأن كلا الرأيين أجتهاد ، والاجتهاد لاينقض بالاجتهاد .

رابعا : (يمنـع القصاص فـى المثقـل) قال الشافعية والمالكيـة
والحنابلة : القتل على ثلاثة أضرب عمد محض ، وهو مايكون عن قصـــد
محض ليس فيه شائبة خطأ ، وخطأ محض ، وهو مايكون خاليا من شائبـــة
العمد ، وعمد خطأ وهو مايكون مركبا من شائبة العمد وشائبة الخـطأ ،
ويطلق عليه شبه عمد .

فالعمد المحض : هو أن يعمد الجانى إلى ضرب شخص بما يقتـل
غالبا ، لافرق بين محدد كالسيف وبين مثقل أو غيرهما ، مثل الإلقـــاء
فى بئر أو الخنق أو تقديم الطعام المسموم ، وكل هذا يجب فيه القصاص
على الجانى .

والخطأ المحض : هو أن يرمى سهما إلى صيد مثلا فيصيـــب
رجلا فيقتله ، وهذا لاقصاص فيه ، بل يجب فيه الدية المخففة علـــى
العاقلة فى ثلاث سنين ، لأنه وإن كان قد قصد الفعل إلا أنه لـــم
يقصد الشخص ، ومثله إذا لم يقصد الفعل مطلقا ، مثل من زلت قدمــه
فوقع على غيره فمات .

وعمد الخطأ وهو شبه العمد : هو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبا كالعصا الخفيفة ، فيموت المضروب فلا قصاص عليه ، بل تجب فيه دية مغلظة على العاقلة في ثلاث سنين ، لأن الآلة لا تقتل غالبا فتردد شبه العمد بين العمد والخطأ ، فأخذ حكم العمد من جهة تغليظ الدية ، وأخذ حكم الخطأ من جهة كونها على العاقلة في ثلاث سنين .(1)

وقال الأحناف : القتل على خمسة أضرب :-

(١) القتل العمد : وهو أن يتعمد شخص ضرب آخر بآلة تفرق الأجزاء كسلاح أو مثقل أو محدد من خشب أو زجاج أو حجر أو إبرة في مقتل أو نار ، لأنها تشق الجلد ، وكل هذا يوجب القصاص .

(٢) شبه العمد : وهو الذي يقصد فيه ضربه بما لا يفرق الأجزاء كالحجر الكبير والخشبة الكبيرة ، وتجب فيه الكفارة ، ودية مغلظة على العاقلة ، ولا يجب فيه القود ، لشبهه بالخطأ ، نظرا لآلة القتل ، إلا أن يكون فيما دون النفس عمد ، فيجب فيه القصاص ، لأنه ليس فيما دون النفس شبه عمد .

(٣) الخطأ : وهو نوعان : خطأ في ظن الفاعل ، مثل أن يرمى شخصا ظنه صيدا . وخطأ في نفس الفعل ، مثل أن يرمى غرضا أو صيدا فيصيب آدميا .

---

(1) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم ج٢ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٨ ، وكشاف القناع للبهوتي ج٥ ص ٥٠٣ وما بعدها وحاشية الدسوقي ج٤ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣ .

(٤) ماجرى مجرى الخطأ : مثل النائم الذى ينقلب على رجل فيقتله ، لأنه مثل المخطئ ، وهذان النوعان (الخطأ وما جرى مجراه) تكون الكفارة والدية على العاقلة فيهما .

(٥) قتل بسبب : كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه بغير إذن الحاكم ، أو نحو ذلك ، وهذا تجب فيه الدية على العاقلة ، ولا تجب الكفارة . (١)

فقد اختلف الشافعية مع الأحناف فى القتل العمد ، فالأحناف يقولون : إنه ما كان بالضرب بآلة حادة تفرق الأجزاء ، أما ما يكون بمثقل كالحجر ونحوه فيكون شبه عمد عندهم ، أما الشافعية فيقولون : إن العمد هو ما يكون بالضرب عمدا بما يقتل غالبا سواء كان بمحدد أو بمثقل فقد اتفقا فى المحدد واختلفا فى المثقل ، وهذا اجتهاد من كل منهما ، فإذا قضى شافعى باعتبار الضرب بالمثقل عمدا وحكم بالقصاص ، فلا يصح أن ينقض هذا الحكم حنفى ويقول بأنه خطأ وينقض بعكسه ، لأن الرأى الأول اجتهاد والثانى اجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

خامسا : (وصحة النكاح بلا ولى) : قال الأحناف : إن عقد زواج المرأة البالغة العاقلة لنفسها صحيح ، سواء كانت بكرا أم ثيبا ، بدون إذن الولى ، لأن الولاية عليها مستحبة ، ويكون عقدها نافذا ، متى كان الزوج كفء وبمهر المثل ، ولا يتوقف العقد على رضا الولى

---

(١) ينظر شرح الدر المختار للحصكفى ج٢ ص٦٨٢ – ٦٨٤ .

إلا إذا كان الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل ، فإن للولي أن يطلب فسخه ، واستدلوا بما يلي :ـ

(١) ما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (الأيّم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر في نفسها وإذنها صماتها) أي سكوتها ، فقد بين الحديث أن البالغة العاقلة يكون أمر زواجها إلى نفسها ، وليس الحق لوليها ، فيصح لها أن تنفرد بعقد زواجها ، وإن كان المستحب أن تأخذ رأيه فقط ، ويستوي في هذا البكر والثيب ، لأن الأيّم من لا زوج لها ، وإن أريد بالأيم الثيب خاصة كما جاء في لفظ الحديث برواية أخرى فإن حكم البكر يستفاد من آخر الحديث في قوله صلى الله عليه وسلم (والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها) فإنه يفيد استئمار البكر وأخذ رأيها في زواجها ، لكنه قد يكتفي بسكوت البكر نظرا لحيائها الذي قد يمنعها عن التصريح برغبتها في الزواج .

(٢) قوله تعالى : (حتى تنكح زوجا غيره) (١) ، وقوله (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) (٢) ، وقوله : (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) (٣) ، فقد أسندت هذه الآيات وأمثالها النكاح إلى المرأة بأن تقوم بعقد زواجها ، مما يدل على صحة عقدها للزواج .

---

(١) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .
(٢) الآية رقم ٢٣٢ من سورة البقرة .
(٣) الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة .

(٣) أن المرأة ليست في حاجة إلى الولاية عليها ، لأنها بالغة عاقلة ، فلا فرق بينها وبين الرجل ، وإنما تكون الولاية على من فقد العقل أو كان صغيرا •

(٤) أن الشرع قد أباح لها أن تتصرف في أموالها كما تشاء ، فكان الأولى أن تملك التصرف فيما يتعلق بشخصها •

ولم يخالف في هذا من علماء الأحناف إلا محمد ، فقد قال : أن عقدها صحيح موقوف على موافقة الولي ، لأن الولاية شركة بينها وبين الولي ، فلا تنفرد بالعقد كما لا ينفرد بإيجابه ، لكن إذا عقده الولي يكون موقوفا على موافقتها وإذا عقدته هي يكون موقوفا على موافقة وليها •

وقال الإمام الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل : لابد من أن يباشر الولي العقد بنفسه ، أو بوكيل عنه من الرجال ، لأن المرأة الكبيرة العاقلة إن كانت بكرا فالولاية عليها ولاية استبداد وإجبار للولي وحده ، مع ندب أخذ رأيها ، وإن كانت ثيبا فالولاية عليها ولاية شركة لابد فيها من إذن الولي • واستدلوا بما يلي :-

(١) قوله تعالى : (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله) (١) فقد أسند نكاح المرأة في هذه الآية وغيرها إلى وليها ، مما يدل على أن عقدها لنفسها لا يجوز •

---

(١) الآية رقم ٣٢ من سورة النور •

(٢) قوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولى) وقوله : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل) .

فقد دل الحديثان وغيرهما على أن زواج المرأة لنفسها موقوف على إذن وليها ، وأنها إذا زوجت نفسها بغير إذنه فنكاحها باطل .

(٣) أن عقد الزواج من أخطر العقود ، ولا يصح تركه بيد المرأة حتى لا تتغلب عليها عاطفتها ، لأنها لعدم خبرتها بالرجال واختلاطها بهم وقلة تجاربها قد تنساق وراء عاطفتها فيكون خطؤها أكثر من صوابها إذا عقدت عقد زواجها بنفسها .

وهكذا نجد أن أدلة الفريقين تكاد تكون متساوية ، لأن الآيات التى أسند فيها عقد الزواج للمرأة قد ورد مثلها آيات أخرى اسند فيها أمر زواجها لنفسها ، مما يوضح أن الولاية ليست إجبارية ، وإنما هى للاستحباب ، وإلا ما أسند الزواج إليها كما أسند إلى الولى .

وقال الأحناف : (إن حديث (الأيّم أحق بنفسها) متفق عليه ، فهو أرجح فى العمل من حديث (لا نكاح إلا بولى) لأنه مضطرب الإسناد . أما حديث (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها .. الخ) فهو من رواية ابن جريج وقد أنكره ابن شهاب ، وهو مروى أيضا عن السيدة عائشة رضى الله عنها وهى قد خالفته حينما زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن ، وكان غائبا ، فلما حضر غضب ، لكن لم يبطل العقد .

فإذا زوجت امرأة نفسها بغير إذن وليها وصحح هذا أحد علماء الأحناف فلا يصح لمجتهد شافعى أن ينقض هذا ويقول بعدم صحة

زواجها ، لأن الرأي الأول اجتهاد والثاني اجتهاد ، والاجتهاد لاينقض بالاجتهاد .

سادسا : (أي شهادة فاسقين) : قال الأحناف : لا يلزم أن يكون الشهود على عقد الزواج عدولا ، فيصح العقد عندهم بحضور شاهدين فاسقين .

وقال الشافعية والحنابلة : يشترط في صحة عقد الزواج أن يكون الشهود عدولا ، ويكتفى بأن يكونوا غير معروفين بالفسق بأن يكونوا مستوري الحال ، فإن شهادتهم تقبل ، ويصح بها العقد ، وإنما لاتقبل شهادة الفاسق لترجح كذبها على صدقها ، ولأنها لاتقبل أمام القضاء عند النزاع ، ولأنه ليس في وجودهم في مجلس العقد تكريم للعقد .

وقد رد الأحناف على هذا بأن الفاسق في الوقت الذي لايكون متلبسا بالفسق لايعتبر حضوره متنافيا مع تكريم العقد ، لأن المقصود من الشهادة الإعلان ، وقد حصل بالحضور ، ولأن الفاسق الذي يشرب الخمر مثلا قد يتورع عن الكذب ، وقد يقبل القاضي شهادة الفاسق عند مايتحرى عنه ويجده صادقا ، لقوله تعالى : (ياأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين)(1) ، فالله تعالى لم يأمر برد شهادة الفاسق مطلقا ، بل أمر بالتثبت والتحري .

---

(1) الآية رقم ٦ من سورة الحجرات .

فإذا قضى حنفي بصحة شهادة الفاسق فلا يحق لشافعي أن ينقض هذا ، لأن كلا الرأيين اجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

سابعاً (بيع أم الولد) : إذا وطئ السيد أمته فوضعت ولداً أو ما تبين فيه شيء من خلق الآدمي حرم عليه بيعها ورهنها وهبتها والوصية بها ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه) وقوله : (أمهات الأولاد لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن ، يستمتع بها سيدها ما دام حياً ، فإذا مات فهي حرة) . وما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال : (كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد والنبي صلى الله عليه وسلم حي لا يرى بذلك بأساً) .

وروي عن علي كرم الله وجهه أنه خطب يوماً على منبر الكوفة ، فقال في أثناء خطبته : (اجتمع رأيي ورأي عمر أن أمهات الأولاد لا يبعن ، وأنا الآن أرى بيعهن ، فقال له عبيدة السلماني رضي الله عنه : رأيك مع رأي عمر — أو مع رأي الجماعة — أحب إلينا من رأيك وحدك ، فأطرق برأسه ، ثم قال : اقضوا فيه ما أنتم قاضون فإني أكره أن أخالف الجماعة)[1] .

فلو قضى حاكم برأي الجمهور بعدم جواز بيع أم الولد لاستحقاقها الحرية بعد وضعها للولد ووفاة سيدها فليس لمن يرى صحة بيعها أن ينقض هذا الحكم ، لأن كلا الرأيين اجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

---

(١) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم ج٢ ص٣٨٨ — ٣٩٣ ، وكشاف القناع ج٤ ص٥٦٧ — ٥٧١ .

ثامنا : (ثبوت الرضاع بعد حولين) : اتفق العلماء على أن الرضاع يثبت حكمه إذا كان في الحولين ، لكنهم اختلفوا في رضاع الكبير ، فذهب الجمهور إلى أنه لا يثبت به حكم ، وهو ما ذهب إليه ابن مسعود وابن عمر وأبو هريرة وابن عباس وسائر زوجات النبي صلى الله عليه وسلم ماعدا السيدة عائشة رضي الله عنها .

وقال داود وأهل الظاهر : إنه يثبت به حكم ، وهو ما قالت به السيدة عائشة رضي الله عنها ، وسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا ، فقد ورد حديث سهلة في سالم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها : (أرضعيه خمس رضعات) .

وورد عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ، ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يارسول الله ، إنه أخي من الرضاعة ، فقال صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن من الرضاعة ، إنما الرضاعة من المجاعة) .

فمن رجح حديث السيدة عائشة قال : (إن الرضاع لا يترتب عليه حكم إذا كان للكبير ، وأن حديث سالم رخصة خاصة به ، وكان جميع زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم يرون هذا الرأي .

ومن رجح حديث سالم قال : إن الرضاع يترتب عليه حكمه للكبير كما يترتب حكمه للصغير قبل السنتين ، وقالوا : إن السيدة عائشة رضي الله عنها لم تعمل بالحديث المروي عنها .(1)

(1) ينظر بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٤٣ ــ ٤٤ .

. فلو قضى من يقول بثبوت الرضاع بعد الحولين فلا يحق لمن يقول بعدم ثبوته إلا في الحولين فقط أن ينقض هذا الحكم ، لأن كلا الرأيين اجتهاد ، والاجتهاد لاينقض بالاجتهاد .

تاسعا : (صحة نكاح الشغار) : نكاح الشغار هو أن يزوج الرجل ابنته مثلا لرجل آخر على أن يزوجه الآخر ابنته ، ويكون كل منهما مهرا للاخرى ، وهو غير جائز للنهي عنه ، لكن لو وقع فما حكمه ، قال الإمام الشافعي والإمام مالك : هو غير صحيح ، ويجب فسخه قبل الدخول وبعده ، إلا أن الإمام الشافعي قال : إن كان قد سمى مهرا لإحداهما أولهما فيصح النكاح ويكون لكل منهما مهر المثل ، وتفسد تسميه المهر الذي سماه .

وقال الإمام أبو حنيفه : نكاح الشغار يمكن تصحيحه بأن يفرض لكل منهما مهر المثل ، وبهذا قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري .

ويرجع سبب اختلافهم إلى أن هل النهي معلل بعدم العوض أو غير معلل ، فمن قال بأنه غير معلل أوجب فسخ العقد مطلقا ، ومن قال بأنه معلل بعدم الصداق صحح العقد بفرض صداق المثل كما في عقد الزواج على خمر أو خنزير .

وقد أجمعوا على أن عقد الزواج على خمر أو خنزير إذا تم الدخول لايفسخ العقد ويجب فيه مهر المثل .(١)

---

(١) ينظر بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص٧٠ ــ ٧١ .

فاذا قضى من يرى صحة نكاح الشغار بعد فرض مهر المثل فلا يحق لمن يقول بفساده ، مطلقا أن ينقض هذا الحكم ، لأن كلا منهما مجتهد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد •

عاشرا : (والمتعة) : نكاح المتعة هو ما يكون عقد ، بلفظ المتعة وما يشتق منها ، وهو يختلف عن النكاح المؤقت فى أن نكاح المتعة يكون بلفظ من مادة المتعة أو التمتع ، ولا تشترط فيه الشهادة على العقد ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : أتمتع بك مدة كذا على أن أعطيك مبلغ كذا ، أما النكاح المؤقت فيكون بلفظ النكاح أو الزواج مدة محددة مع وجود الشهود •

ونكاح المتعة باطل عند الجمهور ما عدا طائفة من الشيعة ، لأنه بلفظ المتعة التى لا ينعقد بها النكاح ، ولأنه مثل النكاح المؤقت فى أن كلا منهما مجرد المدة •

وقال بعض علماء الشيعة : نكاح المتعة جائز وصحيح ، لما يلى :-

(١) أنه كان مباحا فى صدر الإسلام ، وأباحه الرسول صلى الله عليه وسلم فى بعض الغزوات للحاجة إليه •

(٢) أن ابن عباس رضى الله عنه كان يقول بجوازه هو وبعض الصحابة ، فيظل جائزا ما دامت الحاجة إليه باقية ، كما كانت فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم •

(٣) لقوله تعالى : (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة) (١) فان الآية أوجبت على الرجل أن يعطى المرأة أجرها مقابل

---

(١) الآية رقم ٢٤ من سورة النساء •

الاستمتاع بها ، والأجر غير المهر ،والاستمتاع غير الزواج المعروف ، وهذا لايكون إلا فى المتعة التى هى غير الزواج •

وقد يرد عليهم جمهور العلماء بما يلى :

(١) أن المتعة لم تبح فى أول الإسلام إلا للضرورة القصوى فى بعض الغزوات ، ثم نهى عنها النبى صلى الله عليه وسلم ، وتم نسخ حكمها ، فقد خطب النبى صلى الله عليه وسلم الناس بعد أن تم فتح مكة فقال :(أيها الناس إنى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده شئ منه فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا) •

ثم أكد صلى الله عليه وسلم هذا النهى فى خطبته فى حجة الوداع حيث قد نهى عن نكاح المتعة •

(٢) أن ابن عباس رضى الله عنه قد ثبت رجوعه عن القول بالمتعة عند الضرورة بعد أن علم بنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنها نهيا بالقا ، وأن حكمها قد تم نسخه ، كما روى الترمذى قال : إنما كانت المتعة فى أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح شأنه ، حتى نزلت الآية (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم)[1] قال ابن عباس : فكل فرج سواهما حرام •

---

(١) الآية رقم ٦ من سورة المؤمنون •

فهذا يدل على أن ابن عباس قد استقر أخيرا على تحريم المتعة بقوله : (فكل فرج سواهما حرام) ؛ أي سوى الزواج أو ملك اليمين ، بعد أن اتضح له أن المتعة قد نسخت بالآية السابقة ولم يكن هذا واضحا له.

(٣) أن قوله سبحانه (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة) قد ورد في الزواج الشرعي والزوجات الشرعيات ، وهذا ما يقتضيه سياق الآيات السابقة واللاحقة ، حيث إن الكلام في جميع هذه الآيات وارد في موضوع الزواج ، ولم يتطرق إلى المتعة مطلقا ، والتعبير الوارد في الآية بلفظ الاستمتاع والأجور لا يدل على أن المراد هو المتعة ، بل المقصود بالأجور هو المهور ، وقد ورد في آيات أخرى غير هذه الآية بهذا المعنى ، والمقصود بالاستمتاع هو التمتع الكامل الذي يكون بالدخول بالزوجة الشرعية ، وليس المراد به المتعة المحرمة في الإسلام ، لأن الآية تفيد أن الدخول بالزوجة يوجب لها المهر كله.

وابن عباس مثل غيره من الصحابة يعلمون أن المتعة لم تحل للناس وهم في بيوتهم وبين أهليهم في أوطانهم ، وأنها إنما أبيحت في الإسلام في حالة الحرب والاغتراب عن الأهل والوطن ، وقد علم جميع الصحابة رضي الله عنهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم قد حرمها بعد فتح مكة ، وأكد هذا التحريم في حجة الوداع ، إلا أن ابن عباس رضي الله عنه قد انفرد عن جميع الصحابة بأن التحريم لم يشمل جميع الحالات الاضطرارية وغيرها ، بل فهم أنه يشمل الحالات غير الاضطرارية ، مثل تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، فتكون حلالا في حالات الضرورة التي يخشى معها

الوقوع فى الزنا ، إلا أن جميع الصحابة قد خالفوه ، لأنهم فهموا أن المتعة محرمة على المضطر وغيره ، للحديث السابق ، وهو عام ، وقد ثبت أن ابن عباس رضى الله عنه قد رجع عن قوله إلى قول الجمهور وقال بتحريمها مطلقا .

فإذا قضى شيعى بصحة نكاح المتعة بناء على عدم صحة النهى عنها من الرسول صلى الله عليه وسلم وعلى قول ابن عباس بصحتها فلا يصح لمن يقول ببطلانه أن يبطل هذا الحكم ، لأن كليهما اجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

حادى عشر : (رأيه لا قصاص بين الرجل والمرأة فى الأطراف) :

قال الأحناف : لا قصاص فى أطراف الرجل والمرأة ، لتعذر المماثلة بينهما ، ولهذا تختلف الدية فيهما .(1)

وقال الشافعية وغيرهم : إن القصاص يجرى بين الرجل والمرأة فى الأطراف كما يجرى فى الجناية على النفس ، وعلى هذا لو قضى من يرى عدم القصاص بين الرجل والمرأة فى الأطراف فلا يحق لمن يرى إجراء القصاص بينهما أن ينقض هذا الحكم ، لأن كلا منهما مجتهد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .(2)

---

(1) ينظر شرح الدر المختار للحصكفى جـ٢ ص٦٩٤ .
(2) ينظر حاشية الباجورى على ابن قاسم جـ٢ ص٢١١ ـ ٢١٢ .

ثاني عشر: (رد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب) : سبق أن تكلمنا عن الرد بالعيب[1] ، والزوائد التي تحصل في المبيع عند المشتري إما أن تكون متصلة وإما أن تكون منفصلة ، فإن كانت الزيادة متصلة بالمبيع ، مثل الصبغ في الثوب أو النماء والسمن في الدابة ، فإنها توجب الخيار للمشتري ، فيكون مخيرا بين رد المبيع أو إمساكه مع الرجوع على البائع بقيمة العيب .

وإن كانت الزيادة منفصلة فقد اختلف فيها العلماء على الوجه الآتي :-

قال الإمام الشافعي : تكون هذه الزيادة للمشتري ، ولا تؤثر في الرد بالعيب ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (الخراج بالضمان) .

وقال الإمام مالك : إن الولد يرد للبائع ، أما ما عداه فالمشتري لا يجبر على رده ، لأنه حدث في ملك المشتري ، أما بالنسبة للولد فهو ليس غلة فيرده مع أمه أو يمسكه معها .(٢)

وقال الإمام أبو حنيفة : جميع الزوائد تمنع رد المبيع بالعيب إلا الغلة والكسب ، لأن ما تولد عن المبيع داخل في العقد ، فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك نقصانا يقتضي قيمة العيب إلا ما نص عليه الشرع من الغلة والخراج .(٣)

---

(١) ينظر ص ٤١ ، ٤٢ ، ١١٤ ، ١٥٧ من هذا الكتاب .
(٢) حاشية الدسوقي جـ٢ ص ١٣٢ .
(٣) ينظر بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٢٢٣ .

فإذا قضى مجتهد برد الزيادة على القول برد ها فليس من حق غيره أن ينقض حكمه ، لأن كلا الرأيين اجتهاد ، والاجتهاد لا ينقـــــض بالاجتهاد .

ثالث عشر : (وجريان التوارث بين المسلم والكافر): أجمع العلماء على أن الكافر لا يرث المسلم ، لقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافريـــن على المؤمنين سبيــلا) (١) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) ، ولأن الاختلاف في الدين من موانـــع الإرث .

واختلفوا في ميراث المسلم من الكافر ، فذهب جمهور الصحابـــة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أن المسلم لا يرث الكافر ، للحديـــث السابق .

وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، كما يتزوج بالكتابية ، فكما يصح لنا أن نتزوج من نسائهم ولا نزوجهم من نسائنا ، فيصح هذا في الميراث فنرث منهم ولا يرثون منا ، وقياسا أيضا على القصاص في الدماء التي لا تتكافأ . (٢)

---

(١) الآية رقم ١٤١ من سورة النساء .
(٢) ينظر بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٥٣ ـ ٢٥٤ .

فلو حكم من يرى التوارث بينهما بصحة ميراث المسلم من الكافر فلا يحق لمن يرى العكس أن ينقض حكمه ، لأن كلا الرأيين اجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

رابع عشر: (قتل الوالد بالولد) : اختلف العلماء في حكم قتل الوالد بولده قصاصا ، فقال الجمهور ومنهم أبو حنيفه والشافعي والثوري : لا يقاد الوالد بولده ، ولا الجد بحفيده ، إذا قتله عمدا مطلقا ، لما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقاد بالولد الوالد) . (1)

وقال الإمام مالك : لا يقاد الأب بابنه إلا إذا أضجعه وذبحه ، أما إذا رماه بسيف أو عصا فقتله فلا يقتل به ، وكذلك الجد مع حفيده ، لأن القصاص عام بين المسلمين لا فرق بين الأب وغيره .

وسبب الخلاف ما روى أن رجلا من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فأصاب ساقه ، فنزف جرحه فمات ، فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر: أعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، ثم قال : أين أخو المقتول ، فقال : ها أنذا ، قال : خذها فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ليس لقاتل شيء) .

---

(1) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم جـ٢ ص٢١٠ ، والدر المختار للحصكفي جـ٢ ص٦٨٦ .

فقد اعتبر الإمام مالك أن هذا لم يكن قتلا عمدا محضا ، بل اعتبره شبه عمد بين الأب وابنه ، لأن من حق الأب أن يؤدب ابنه ، فلا تكون هذه الحالة عمدا ، لأن الأب ليس مثل غيره.

وقد اعتبره الجمهور عمدا ، لأن من يحذف غيره بسيف فيقتله فهو عمد عندهم ، وإنما لم يقتص من الأب ، لأنه سبب وجود ابنه فلا يكون ابنه سبب إعدامه. (١)

فلو قضى من يقول بعدم القصاص مطلقا فلا يحق لمالكي أن يبطله في حالة أن يضجع الوالد ولده ويذبحه ، لأن كلا الرأيين اجتهاد والاجتهاد لا يبطل بالاجتهاد .

خامس عشر : (والحر بالعبد) : قال الأحناف : يقتل الحر بعبد غيره لا بعبد نفسه ، لعموم قوله تعالى : (أن النفس بالنفس) (٢) فقد نسخت قوله تعالى : (الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) (٣) ولأن هذا التنصيص لا ينفي ما عداه ، وإلا لما قتل الذكر بالأنثى ، ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم) . (٤)

---

(١) ينظر بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص٥١٦ ـ ٥١٧ ، والدر المختار للحصكفي جـ٢ ص٦٨٦.
(٢) الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة.
(٣) الآية رقم ١٧٨ من سورة البقرة .
(٤) ينظر الدر المختار جـ٢ ص٦٨٩ ـ ٦٨٧.

وقال النخعي وبعض العلماء : يقتل الحر بالعبد مطلقا سواء كان عبدا للقاتل أم لغيره ، لما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من قتل عبده قتلناه) ، ولأن قتل العبد محرم كقتل الحر، فكان القصاص فيه كالقصاص في الحر.

وقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور: لا يقتل الحر بالعبد مطلقا سواء كان عبد نفسه أم عبد غيره بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) ، ولأن من شروط القصاص أن لا يكون المقتول أنقص حالا من القاتل . وبهذا يتضح أن سبب الخلاف بين الفريقين هو معارضة العموم لدليل الخطاب. (1)

ولو قضى مجتهد برأي الجمهور بعدم قتل الحر بالعبد فإنه لا يحق لمن يرى قتله به أن ينقض حكمه ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

سادس عشر: (والمسلم بالذمي) : قال الجمهور ومنهم الإمام الشافعي والثوري وأحمد وداود وغيرهم : لا يقتل المسلم بالذمي ، لما روى أن قيس بن عبادة والأشتر سألا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه : هل عهد الرسول صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده إلى الناس ، فقال : لا ، إلا في كتابي هذا ، وأخرج كتابا من قراب سيفه ، فإذا فيه :

---

(1) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم ج٢ ص٢١١ والدر المختار ج٢ ص٦٨٧ ، وبداية المجتهد ج٢ ص٥١٣ ـ ٥١٤

(والمؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم ، ألا لايقتل مؤمن بكافر ولاذو عهد فى عهده ، من أحدث حدثا ، أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين) رواه أبو داود .

وبمارواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لايقتل مؤمن بكافر) . وقد انعقد الإجماع على أن المسلم لايقتل بالحربى المستأمن ، ولأن الذمى أنقص حالا من المسلم فلا يقتل المسلم به .

وقال الأحناف وابن أبى ليلى : يقتل المسلم بالذمى ، لما رواه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال : (قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة ، وقال : أنا أحق من وفى بعهده) وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وقال : إن هذا الحديث يخصص عموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم : (لايقتل مؤمن بكافر) ، لأن المراد بالكافر هنا هو الكافر الحربى وليس الكافر المعاهد ، وقد ضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى وماروى عن عمر بن الخطاب .

وقد أجمع المسلمون على أن المسلم لو سرق مال ذمى يبلغ نصاب القطع قطعت يده ، فيه مثل ما إذا سرقه من مسلم ، فإذا كانت حرمة مال الذمى مثل حرمة مال المسلم ، فكذلك من باب أولى تكون حرمة دمه مثل حرمة دم المسلم ، فيقتل قياسا . وعلى هذا يكون سبب الخلاف تعارض القياس مع الآثار .

وقال الامام مالك والليث بن سعد : لا يقتل مسلم بذمي إلا أن يقتله غيلة بأن يضجعه فيذبحه ليأخذ ماله. (١)

وقد صوب السيوطي أن المسلم يقتل بالذمي ، وعلى هذا فلو حكم مجتهد بعدم قتله به فإن هذا الحكم ينقض لمخالفته الصريحة للنص الصريح ، أما قتل الوالد بالولد أو الحر بالعبد ، فلو حكم مجتهد برأي فلا يصح لمخالفه أن ينقضه ، لأن كلا منهما مجتهد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

سابع عشر: (ومنها : لو خالع زوجته ثلاثا ، ثم تزوجها الرابعة بلا محلل ، لاعتقاده أن الخلع فسخ ، ثم تغير اجتهاده ، وهو باق معها بذلك النكاح ، قال الغزالي : أن حكم حاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها ، وإن تغير اجتهاده ، لما يلزم في فراقها من تغيير حكم الحاكم في المجتهد اهـ . قال : وإن لم يحكم حاكم ففيه تردد ، والمختار وجوب المفارقة ، لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام على معتقده .

الثاني قالوا : وما ذكره في حكم الحاكم مبني على أن حكمه ينفذ باطنا ، وإلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم ، لأن هذا بالنسبة إلى أخذه في خاصة نفسه ، وامتناع نقض الحكم في المجتهد اهـ ، لما تقدم ، ليظهر أثره في المتنازعين) .

---

(١) ينظر بداية المجتهد جـ٢ ص٥١٤ ـ ٥١٥ ، والدر المختار جـ٢ ص٦٨٥ ـ ٦٨٦ ، وحاشية الباجوري جـ٢ ص٢١١ ، وحاشية الدسوقي جـ٤ ص٢٣٧ ـ ٢٣٨ .

الخُلع مشتق من الخَلع ، وهو لغة : النزع ، فيقال : خلعت الثوب ، أي نزعته ، وفي اصطلاح الفقهاء هو: إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو مافي معناه مع قبول الزوجة ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : خالعتك على كذا ، فتقول الزوجة : قبلت.

وقد اختلف العلماء فيه فقال الحنابلة والشافعية في رأي : إنه يعتبر فسخا ونقضا لعقد الزواج ، وعلى هذا فلا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، واستدلوا بأن الله تعالى قد ذكر الطلاق في كتابه بقوله (الطلاق مرتان) (١) ثم ذكر الافتداء بقوله (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) (٢) ثم قال : (فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) (٣) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لاتحل له فيه إلا بعد زوج آخر هو الطلاق الرابع .

وقال الأحناف والمالكية : إنه يعتبر طلاقا بائنا ، ويحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، فإذا عادت الزوجة إلى زوجها بعد الخلع [illegible] بعقد جديد فلا يملك عليها إلا مابقي له من الطلقات الثلاث.

واستدلوا على أنه طلاق بائن بأن الفسخ لايكون إلا في الفرقة التي تقع ولايكون للزوج اختيار فيها ، والخلع يقع باختيار الزوجين وإرادتهما ،

---

(١)و(٢) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة.
(٣) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة.

فلا يكون فسخا بل يكون طلاقا بائنا ، لأن الزوجة لم تفتد نفسها بالمال إلا لتخلص من عقد الزوجية ، وأجابوا عن قول الحنابلة والشافعية في الآيتين السابقتين بأن الآية الأولى منها قد تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق ، وليس على أنه شيء غير الطلاق .(١)

فلو خالع زوجته ثلاثا ثم تزوجها الرابعة بدون أن تتزوج بزوج آخر غيره معتقدا أن الخلع فسخ لا طلاق ثم تغير اجتهاده ، فرجع عن رأيه الأول ، وقال إن الخلع طلاق ، وهو لا يزال معها بهذا الزواج فقال الإمام الغزالي : إن كان الحاكم قد حكم بصحة هذا الزواج لا يجب عليه مفارقتها وإن تغير اجتهاده ، لأنه لو فارقها لترتب على هذا تغير حكم الحاكم في المجتهدات .

أما إذا لم يحكم حاكم فقيل بالمفارقة ، وقيل بعدمها ، والمختار هو وجوب المفارقة ، حتى لا يترتب على إمساكه لها أن يكون وطؤه لها محرما على اعتقاده .

وما ذكره الإمام الغزالي في حكم الحاكم مبنى على أن حكمه ينفذ ظاهرا وباطنا ، أى قضاء وديانة ، أما إذا لم ينفذ إلا ظاهرا فقط ولا ينفذ باطنا فلا يترتب على فراقه لها نقض حكم الحاكم ، لأن هذا بالنسبة إلى أخذه في الباطن وفي خاصة نفسه ، ونقض الحكم إنما يمتنع في المجتهدات ، لما تقدم من الأدلة حتى يظهر أثره في المتنازعين .

---

(١) ينظر : بداية المجتهد جـ٢ ص٨٥ ـ ٨٦ ، والباجوري على ابن قاسم جـ٢ ص١٤١ ـ ١٤٢

وقال الأحناف : حكم الحاكم ينفذ ظاهرا فقط ولا ينفذ باطنا ، وعلى هذا فيكون من حقه أن يمسكها لكن لا يطأها ، لاعتقاده أن وطأها محرم عليه .

وعلى هذا فبالنسبة للظاهر الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد ، حتى لا يترتب عليه بلبلة الناس ، أما بالنسبة للباطن والتدين والتعبد فلا يترتب بلبلة ولا فتنة .

(وعلى ذلك أيضا نص ما حكاه ابن أبي الدم في أدب القضاء عن الأصحاب أن الحنفي إذا خلل خمرا فأتلفها عليه شافعي لا يعتقد طهارتها بالتخليل فترافعا إلى حنفي ؟ وثبت ذلك عنده بطريقه ، فقضى على الشافعي بضمانها لزمه ذلك قولا واحدا حتى لو لم يكن للمدعي بينة وطالبه بعد ذلك بأداء ضمانها لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء ، لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم ، والاعتبار في الحكم باعتقاد القاضي دون اعتقاده ،

وكأن هذا مفرع على نفوذ الحكم باطنا ، وإلا فيسوغ له الحلف ، ويؤيده الخلاف فيما إذا حكم الحنفي للشافعي بشفعة الجوار ، هل تحل له ؟) .

لو خلل حنفي خمرا فصارت طاهرة بعد أن تغيرت إلى الخل على مذهبه ، فأتلفها عليه شافعي يعتقد بنجاستها بعد التخليل على مذهبه ، فترافعا إلى قاض حنفي وقضى بالضمان على الشافعي فإنه يلزمه بدون خلاف ، حتى إذا لم يكن للمدعي بينة وطالب المتلف بعد قضاء القاضي بأداء ضمانها فلا يجوز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء ،

لأن هذا يكون مخالفا لما حكم به القاضي ، والحكم إنما يكون الاعتبار فيه على حسب اعتقاد الحاكم، وليس على حسب اعتقاد المدعى عليه.

وهذا مفرع على أن الحكم ينفذ ظاهرا وباطنا ، أما إن كان لا ينفذ إلا ظاهرا فقط فيسوغ له الحلف . ويؤيد ماقاله ابن أبي الدم الخلاف فيما إذا حكم الحنفي للشافعي بشفعة الجوار، والحنفي يرى الشفعة للجار وللشريك ، والشافعي لا يرى الشفعة إلا للشريك فقط ، ولا تثبت للجار، فإذا قلنا بأن الحكم ينفذ ظاهرا وباطنا فإنه يحل له أخذ العقار بالشفعة ، أما إذا قلنا بأنه لا ينفذ إلا باطنا فقط ، فإنه يمتنع عليه أخذه.

تنبيهات

التنبيه الثاني

معنى قولهم (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد)

قال السيوطي : (معنى قولهم : " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " أي في الماضي ، ولكن يغير الحكم في المستقبل لانتفاء الترجيح الآن ، ولهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في القبلة ، ولا ينقض ما مضى) .

قاعدة : (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) يراد بها أنه إذا تغير الاجتهاد في مسألة فإنه يعمل بالاجتهاد الثاني فيما يستقبل من الزمن ، مع صحة ما عمل بناء على الاجتهاد الأول ، ولا يبطل لعدم

وجود مرجح الآن ، كما إذا أراد إنسان أن يصلى فاشتبهت عليه القبلة ، ولم يجد من يسأله عنها ، فإنه يجتهد ويتحرى جهة القبلة ، لأن هـذا هو الدليل الظاهر ، ولا يوجد دليل أقوى منه ، فإذا صلى باجتهـاده ، وفى أثناء صلاته تغير اجتهاده ، إلى جهة أخرى غير التى كان متجها إليها فإنه يتجه إلى الجهة الثانية ، لأن العمل بالاجتهاد الأخير واجـب فيما يستقبل من الصلاة ، ويبنى على ما أداه من الصلاة بالاجتهاد الأول ، لأن الاجتهاد الجديد مثل الناسخ الذى يظهر أثره فى المستقبل ، لا فيما مضى ، وكذلك لو اجتهد وصلى ، ثم تغير اجتهاده بعد الانتهاء مـن الصلاة إلى جهة أخرى ، فإنه يعمل بالاجتهاد الثانى فيما يستقبل مـن الصلوات ، ولا ينقض ما مضى منها .

قال السيوطى : (وفى المطلب ما قاله الأصحاب فى الخنثـى إذا تعارض البول مع الحيض ، فلا دلالة تقتضى أنه لو بال من فرج الرجل وحكمنا بذكورته ، ثم حاض فى أوانه حكمنا بإشكاله ، إذ البول يتقدم إمكان الحيض . قال : وما اقتضاه كلامهم مشكل ، لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد) .

فى كتاب المطلب أن الخنثى المشكل الذى له ذكر رجل وفـرج أنثى إذا تعارض فيه البول مع الحيض بأن بال من فرج الرجل ، وحكمنا بأنه ذكر ، ثم حاض من فرج الأنثى فى وقت الحيض ، فإنه يحكم بأنـه مشكل ، بعد أن سبق الحكم بأنه ذكر ، حيث إن البول يسبق إمكـان نزول دم الحيض ، فكان هذا نقضا للاجتهاد بالاجتهاد ، لأنه حينمـا بال حكمنا بذكورته ، وهذا واضح ، ثم حينما حاض حكمنا بأنه مشكـل ، وهذا نقض للاجتهاد الأول بالاجتهاد الثانى .

قال السيوطى : (قال الاسنوى : والجواب عنه أن النقض الممتنع إنما هو نقض الأحكام الماضية ، ونحن لا نتعرض لها ، وإنما غيرنا الحكم لانتفاء المرجح الآن ، وصار كالمجتهد في القبلة يغيرها إذا غلب على ظنه دليل ، فأخذ به ، ثم عارضه دليل آخر ، فإنه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل ، ولا ينقض ما مضى) .

معنى قول الاسنوى أن الأحكام التى قد بنيت على الاجتهاد الأول لا ينقضها الاجتهاد الثانى ، ولا نتعرض لها ، ويبقى حكمها كما هو ، لأنه قد استقر فلا يقبل النقض ، وإنما يكون العمل بالاجتهاد الثانى فيما يستقبل ، لعدم وجود مرجح ، لأن كلا منهما اجتهاد والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

التنبيه الثالث

استثنى من القاعدة صور

قال السيوطى : (استثنى من القاعدة صور :

(الأولى) للإمام الحمى ، ولو أراد من بعده نقضه فله ذلك فى الأصح ، لأنه للمصلحة ، وقد تتغير ، ومنع الإمام الاستثناء ، وقال : ليس مأخذ التجويز هذا ، ولكن حمى الأول كان للمصلحة ، وهى المتبع فى كل عصر) .

قاعدة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) قد استثنى منها بعض الفروع تدخل تحتها لكنها تأخذ حكما آخر غير حكمها السابق ، أول هذه الفروع أن الإمام من حقه أن يحمى أرضا ويخصصها لمنافع محددة ، كبناء مسجد أو معهد علمى او مستشفى أو نحو ذلك بما يعود نفعه لعامة المسلمين ، وهذا اجتهاد منه ، فإذا جاء بعده إمام آخر ، ونقض تصرف الإمام الأول ، وغيَّر تخصيص الأرض إلى غرض آخر ، فإن له ذلك ، وهذا اجتهاد منه ، ويترتب على هذا نقض اجتهاد الإمام الأول باجتهاد الإمام الثانى ، وهذا على خلاف ما تقضى به القاعدة السابقة ، لأن هذه الصورة مستثناة منها ، على الأصح .

ويقابل الأصح الصحيح ، وهو أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ؛ لأن التغيير الذى أحدثه الإمام الثانى كان للمصلحة التى لم تكن موجودة ، ومادامت المصلحة المقتضية للحكم قد تغيرت فيتغير الحكم تبعا لها .

وقد منع إمام الحرمين الاستثناء ، لأن حمى الإمام الأول للمصلحة ، وهى التى تقتضى تغير الأحكام فى كل عصر .

(الثانية : لو قسم فى قسمة إجبار ، ثم قامت بينة بغلط القاسم أو حيفه نقضت ، مع أن القاسم قسم باجتهاد ، فنقض القسمة بقول مثله ، والمشهود به مجتهد فيه مشكل ، وقد استشكله صاحب المطلب لذلك) .(١)

(١) - سبق تعريف القسمة ، وبيان أنواعها ودليلها فى ص٥/١ وما بعدها .

القسمة لغة : من قسم الشيء ، وهو التفريق . وشرعاً : تمييز بعض الأنصباء من بعض . وأركانها ثلاثة : قاسم ومقسوم ومقسوم له.

<u>وهي ثلاثة أنواع :ـ</u>

(١) القسمة بالأجزاء ، وهي قسمة المتشابهات كالمثليات من حبوب ونحوها ، فتجزأ الأنصباء كيلاً في المكيل ووزناً في الموزون وقياساً في المقيس ، ثم بعد ذلك يقرع بين الأنصباء لتعيين كل نصيب منها لواحد من الشركاء.

(٢) القسمة بالتعديل للسهام ، وهي الأنصباء بالقيمة ، مثل الأرض التي تختلف قيمة أجزائها لخصوبة أو القرب من المياه أو نحو ذلك ، ويكفي قاسم واحد للنوعين السابقين.

(٣) القسمة بالرد ، بأن يكون في أحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر أو نحو ذلك مما لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذ هذا الجانب من الأرض قيمة البئر أو الشجر. وهذا النوع من القسمة لابد فيه من قاسمين ، ولا يكفي قاسم واحد فيه.

ويشترط للقسمة التي تقع بالتراضي من قسمة إفراز أو تعديل أو رد الرضا بها بعد أن يحكموا القرعة ، فيقولوا : رضينا بما أخرجته القرعة من القسمة ، أما القسمة التي تقع بالإجبار ، وهي ما تكون بقسمة الإفراز أو التعديل فقط دون قسمة الرد التي لا يدخلها الإجبار ، فلا يعتبر فيها الرضا لا قبل القرعة ولا بعدها.

ولو ثبت بالدليل غلط أو حيف في قسمة تراض وهي بالأجزاء أو قسمة إجبار نقضت القسمة بنوعيها ، مثل ما إذا قامت البينة على جور القاضي أو كذب الشهود ، ولأن القسمة الأولى إفراز ، ولا إفراز مع التفاوت ، فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد لم ينقض ، لأنها حينئذ تكون بيعا ولا يؤثر فيه الحيف أو الغلط ، كما لا يؤثر فيه الغبن لأن صاحب الحق قد رضي بتركه.(١)

والواقع أن لا إشكال ، لأن القسمة الأولى إنما نقضت لفوات شروطها ، حيث لم تتوفر فيها الشروط المعتبرة في القسمة ، فيكون الاجتهاد الأول قد بني على خطأ ، وبعد أن تبين هذا الخطأ نقضت القسمة.

(الثالثة : إذا قوم المقومون ، ثم اطلع على صفة زيادة أو نقص بطل تقويم الأول ، لكن هذا يشبه نقض الاجتهاد بالنص لا بالاجتهاد).

إذا قال أهل الخبرة في تقويمهم لشيء إنه يساوي قدرا معينا من المال ، ثم اتضح بالبينة خلاف ذلك ، بأن كان أقل أو أكثر بطل الاجتهاد الأول ، كما إذا قالوا مثلا : إن فدان الأرض في القطعة الأولى يساوي فدانين من القطعة الثانية ، ثم عرف بالبينة والدليل خلاف هذا التقويم بالزيادة أو النقص في إحدى القطعتين ، فإن الاجتهاد الأول يبطل ، لكن لا يعتبر هذا نقضا له بالاجتهاد الثاني ، وإنما كان نقض الاجتهاد الأول لمخالفته للنص.

---

(١) ينظر حاشية الباجوري على ابن قاسم جـ٢ ص٣٥٠ - ٣٥٤.

(الرابعة : إذا أقام الخارج بينة ، وحكم له بها ، وصارت الدار في يده ، ثم أقام الداخل بينة حكم له بها ، ونقض الحكم الأول ، لأنه إنما قضى للخارج ، لعدم حجة صاحب اليد ، هذا هو الأصح في الرافعي).

وقال الهروي في الإشراف : قال القاضي حسين : أشكلت عليّ هذه المسألة منذ نيف وعشرين سنة ، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وتردد جوابي ، ثم استقر رأيي على أنه لا ينقض).

إذا ادعى رجل أن الدار التي يسكنها زيد داره ، وليست دار زيد ، لأنه قد اغتصبها حال غيبته عنها ، وأقام البينة على ذلك ، فحكم له القاضي بأن الدار داره ، ثم أقام زيد بينة بأن هذه الدار التي يسكنها داره ، وأنه قد اشتراها من شخص حدده ، أو أنه قد ورثها عن أبيه ، فإن القاضي يحكم له بناء على البينة ويضع اليد ، وهذا هو الأصح عند الرافعي .

وقال الهروي : إن القضاء الأول لم ينقض بالقضاء الثاني ، وإنما كان القضاء الثاني عدولا عن الخطأ في القضاء الأول .

فائدة

قال السيوطي : (قال السبكي : إذا كان للحاكم أهلية الترجيح ، فرجح قولا منقولا بدليل جيد جاز ، ونفذ حكمه ، وإن كان مرجوحا عند

أكثر الأصحاب مالم يخرج عن مذهبه ، وليس له أن يحكم بالشاذ الغريب في مذهبه ، وإن ترجح عنده ، لأنه كالخارج عن مذهبه ، فلو حكم بقول خارج عن مذهبه وقد ظهر له رجحانه ، فإن لم يشرط عليه الإمام في التولية التزام مذهب جاز ، وإن شرط عليه باللفظ أو العرف كقوله (على قاعدة من تقدمه) ونحو ذلك ، لم يصح الحكم ، لأن التولية لم تشمله) .

معنى هذا : أن الحاكم الذي يكون أهلا لترجيح رأي على آخر ، إذا رجح قولا منقولا ، وله دليل جيد صح ترجيحه ، ونفذ حكمه لرجحان هذا القول عنده ، لقوة دليله ، حتى ولو كان هذا القول الذي رجحه يعتبره أكثر علماء المذهب مرجوحا ، مادام لم يخرج عن مذهبه ، فإذا خرج عن مذهبه ، ورجح رأيا من غيره ، وحكم به لايصح له ذلك ، إذا كان الإمام قد اشترط عليه عند توليته أن يلتزم بمذهبه ، سواء كان الشرط باللفظ أو العرف ، فإذا قضى بحكم من غير مذهبه لاينفذ لمخالفته الشرط ، أما إذا لم يكن الإمام قد اشترط عند توليته أن يلتزم بمذهبه صح حكمه برأي من غير مذهبه ، ونفذ هذا الحكم ، لأنه لم يخالف شرطا .

وكذلك ليس للقاضي أن يحكم بقول شاذ وغريب من مذهبه ، حتى ولو كان راجحا عنده ، لأنه حينئذ يكون مثل الخارج عن مذهبه ، لأن الشاذ الغريب لايعمل به .

و(وأفتى ابن عبد السلام بأن الحاكم المعلوم المذهب إذا حكم بخلاف مذهبه، وكان له رتبة الاجتهاد ، أو وقع الشك فيه ، فالظاهر أنه لايحكم بخلاف مذهبه ، فينقض حكمه) .

أفتى العز بن عبد السلام فى المسألة السابقة بأن الحاكم المعروف مذهبه وقد بلغ مرتبة الاجتهاد . أو وقع الشك فى اجتهاده ، إذا حكم برأى من غير مذهبه فإنه ينقض حكمه ، لأن الظاهر أنه لايصح له أن يحكم بخلاف مذهبه.

ولم ينظر العز بن عبد السلام إلى كتاب التولية كما قال ابن السبكى .

(وقال الماوردى : إذا كان الحاكم شافعيا ، وأداه اجتهاده فى قضية أن يحكم بمذهب أبى حنيفة جاز ، ومنع منه بعض أصحابنا ، لتوجيه التهمة إليه ، ولأن السياسة تقتضى مدافعة استقرار المذاهب ، وتمييز أهلها ، وقال ابن الصلاح : لايجوز لأحد أن يحكم فى هذا الزمان بغير مذهبه ، فإن فعل نقض ، لفقد الاجتهاد فى هذا الزمان) .

قال الماوردى : إن الحاكم الذى يخالف مذهبه ، بأن كان شافعيا وأداه اجتهاده ، أن يحكم برأى من مذهب أبى حنيفة فى إحدى القضايا صح حكمه ونفذ ، لأنه غير متهم فيما أداه إليه اجتهاده .

وقال بعض العلماء : يمتنع على الحاكم أن يحكم بغير مذهبه مطلقا ، لأنه متهم فى التحول عن مذهبه ، ولأن السياسة تعمل على أن لاتستقر المذاهب الفقهية ، وأن لايكون لأصحابها هذا التميز.

وقال ابن الصلاح : إنه لا يصح لأحد من الحكام في زمانه أن يحكم برأي من غير مذهبه ، فإن حكم نقض حكمه ، لعدم توفر الاجتهاد في أهل زمانه.

خاتمة

(ينقض قضاء القاضي إذا خالف نصا أو إجماعا أو قياسا جليا).

النص : هو ما يرد من كتاب أو سنة.

والإجماع : هو اتفاق جميع المجتهدين في عصر من العصور بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي في واقعة من الوقائع.

والقياس : هو إثبات حكم المقيس عليه في المقيس لعلة مشتركة بينهما لا تدرك لغة.

والقياس الجلي : هو ما كانت العلة المشتركة فيه وجودها في الفرع أقوى من وجودها في الأصل ، أو وجودها في الفرع مساويا لوجودها في الأصل.

والقياس الخفي : هو ما كانت العلة فيه مستنبطة من حكم الأصل ، كقياس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد عند الأحناف ، فالعلة فيه مستنبطة من حكم الأصل غير المنصوص عليها ، بخلاف العلة في القياس الجلي ، فالعلة تكون فيه تارة منصوصة ، وتارة غير منصوصة وتكون مستنبطة.

ومعنى العبارة السابقة أن قضاء القاضي إذا كان مخالفا لنص من قرآن أو سنة أو مخالفا للإجماع أو القياس الجلي فإنه ينقض.

(قال القرافي : أو خالف القواعد الكلية ، قال الحنفية : أو كان حكماً لا دليل عليه نقله السبكي في فتاويه) .

معنى هذا أن قضاء القاضي ينقض أيضاً إذا خالف القواعد الكلية ، كما قال القرافي ، لأن الحكم المخالف للقواعد الكلية مثل المخالف للإجماع ، والحكم المخالف للإجماع مردود .

وقال الأحناف : أن حكم القاضي الذي لا دليل عليه ينقض أيضاً ، لعدم وجود الدليل . (قال : وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لا دليل عليه ، سواء كان نصه في الوقف نصاً ، أو ظاهراً) :

إذا خالف قضاء القاضي شرطاً من شروط الواقف المنصوص عليها أو التي يدل عليها الظاهر ، فإنه ينقض حكم القاضي ، بشرط عدم مخالفة هذا الشرط للشرع ، فإذا كان مخالفاً للشرع فلا يعتبر ، ويجب مخالفته ، مثل ما إذا أوقف شيئاً على الملاهي والمراقص ونحوهما ،

(قال : وما خالف المذاهب الأربعة فهو كالمخالف للإجماع) :

إذا خالف قضاء القاضي أحكام المذاهب الأربعة ، فهو مثل المخالف للإجماع يجب نقضه .

(قال : وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه ، والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصاً أو شيئاً مما تقدم ، وقد يكون الخطأ في السبب كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه ، فيكون الخطأ في السبب لا في الحكم ، وقد يكون الخطأ في الطريق ، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها) :

حكم الحاكم لا ينقض إلا إذا اتضح خطؤه ، وهذا الخطأ قد يكون في نفس الحكم ، وقد يكون في سبب الحكم ، وقد يكون في طريق الحكم ، فالخطأ في نفس الحكم يكون بمخالفته للنص أو الإجماع أو القياس

الجلي أو القواعد الكلية أو كان حكماً لا دليل عليه أو خالف شرط الواقف غير المخالف للشرع ، أو خالف أحكام المذاهب الأربعة .

والخطأ في سبب الحكم يكون في السبب الذي بني عليه الحكم ، مثل أن يحكم القاضي بناء على بينة ثم يتضح أنها مزورة ، فالخطأ هنا في السبب الذي أدى إلى الحكم ، وهو البينة .

والخطأ في الطريق يكون بأن يؤدي اجتهاد ، في مذهبه إلى الحكم بقبول شهادة الفاسقين ، كما يقول الأحناف الذين لا يشترطون العدالة في الشهود ، وهذا يخالف ما يقول به الشافعية الذين يشترطون عدالة الشهود .

قال : (وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم بمعنى أنا تبينا بطلانه ، فلو لم يتعين الخطأ ، بل حصل مجرد التعارض ، كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التي ترتب الحكم عليها ، فلا نقل في المسألة . والذي يترجح أنه لا ينقض ، لعدم تبين الخطأ) .

معنى هذا أن الحكم في المسائل الثلاث المذكورة إنما ينقض لتبين بطلانه ، فإذا لم يتعين الخطأ ، وكان الحاصل هو مجرد التعارض بين البينة التي تم الحكم بمقتضاها وبين البينة التي ظهرت بعد الحكم بالأولى فلم ينقل رأي عن المتقدمين ، لعدم تعرضهم لها ، والذي يترجح أنه لا ينقض لعدم تبين الخطأ ، حيث قد حكم بشهادة شاهدين ، وظهور الشاهدين الآخرين أوجد تعارضاً ، ولكن لم يثبت خطأ في الأولى ، فلا تنقض ، لأنه لا ميزة للشهادة الثانية عن الأولى ، فكلاهما سواء ، إلا إذا تبين أن الشهادة التي قد بني عليها الحكم شهادة مزورة فإن الحكم ينقض لتبين الخطأ في السبب .